

UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO



**A RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL POR VIOLAÇÃO
DOS DEVERES DA BOA-FÉ: A IMPORTÂNCIA DE UMA *DUE
DILIGENCE***

SARA COSTA CUNHA BATALHA

Dissertação de Mestrado

Mestrado Profissionalizante em Direito e Economia

ANO DE 2016

UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO



**A RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL POR VIOLAÇÃO
DOS DEVERES DA BOA-FÉ: A IMPORTÂNCIA DE UMA *DUE
DILIGENCE***

SARA COSTA CUNHA BATALHA

Dissertação de Mestrado orientada pelo Prof. Doutor MIGUEL CARLOS
TEIXEIRA PATRÍCIO

Mestrado Profissionalizante em Direito e Economia

ANO DE 2016

DEDICATÓRIA

O espaço desta secção, reduzido por sua natureza, não me permite agradecer, como desejo, a todos os que directa ou indirectamente, neste percurso académico, permitiram que fosse possível realizar a conclusão do meu Mestrado Profissionalizante em Direito e Economia. Com efeito, deixo apenas algumas palavras que, embora não sendo muitas, são reveladoras da minha profunda gratidão e reconhecimento.

Em primeiro lugar, quero agradecer ao meu *Orientador*, o Professor Doutor Miguel Carlos Teixeira Patrício, a confiança em mim depositada ao longo da realização de todo este trabalho. Em particular, agradeço a oportunidade e o privilégio que tive em frequentar a Disciplina de Análise Económica do Direito, que permitiu com que fosse possível o desenvolvimento de um tema tão abrangente como o escolhido e que, sem dúvida, muito contribuiu para o enriquecimento da minha formação académica. Agradeço igualmente o seu incansável auxílio, supervisão atenta e rapidez de resposta nos obstáculos que foram surgido no desenvolvimento deste trabalho.

À *Dra. Célia Ferreira*, orientadora do meu estágio no Banco Popular Portugal, S.A. pela disponibilidade e incentivo em momentos de indecisão que numa primeira fase deste percurso se fizeram sentir. A ela devo a inspiração e o alerta para a importância do tema da *Due Diligence* nos dias hodiernos.

À *Idalina Lopes* e *Neusa Pito* pela preocupação constante e o amparo em momentos de dificuldade maior.

Ao *André Sardo* pelo seu apoio incondicional.

Por último, um especial agradecimento à *Minha Família*, aos Meus Pais, ao Meu Irmão e aos Meus Avós, por acreditarem naquilo que faço todos os dias. Espero que com esta fase que agora termina, possa retribuir todo o seu esforço para que este momento se torne possível e compensar todo o carinho, apoio e dedicação que, constantemente, me oferecem. A eles dedico todo este trabalho.

RESUMO

A *Due Diligence* entendida como um processo que se realiza *antes* da celebração de um contrato, tem em vista a recolha de informação com o fim principal de prevenir eventuais riscos com a realização de um negócio, futuro. Mais do que evitar a ocorrência de riscos, o que se pretende com este procedimento é que as partes se encontrem munidas de todas as ferramentas necessárias, veja-se, informações, para realizar o futuro contrato. Desta forma, permite-se que as partes, a título de exemplo, paguem um preço justo ou, *a contrário*, evita-se que paguem um preço injusto. Centrando-nos *a um nível societário*, a *Due Diligence* visa minimizar riscos inerentes a operações de mercado das quais desfilam as fusões, aquisições, cisões, entre outras. Assim, em concreto, o processo de *Due Diligence* poderá ter como objecto a avaliação dos seguintes aspectos relacionados com a empresa que se visa adquirir: situação económico-financeira; aspectos organizativos; aspectos produtivos; tecnologia de informação e segurança informática; riscos legais, mercantis e fiscais; situação de marcas e patentes; situação laboral (direcção e empregados); situação dos contratos, compromissos, contingências; riscos laborais e do meio ambiente. Não obstante o exposto, a *Due Diligence* pretende abranger uma realidade muito mais abrangente, pelo que existe não apenas a um nível societário, mas igualmente a um nível ambiental, laboral, financeiro, legal, operativo ou circunstancial, existindo até mesmo no nosso dia-a-dia, dependendo do tipo de negócio que se pretendemos celebrar, bem como os riscos que pretendemos impedir. Daqui se compreende os inúmeros deveres que concorrerem num processo desta índole, com especial destaque para os deveres de informação. O *dever de informação* nasce do Princípio da Boa-Fé, no seu sentido objectivo, isto é, como regra de conduta, cujo desrespeito pode, muitas vezes, dar origem a uma responsabilidade pré-contratual, com as devidas consequências legais que daí possam advir.

Palavras-chave: *Due Diligence*, Revisão Prévia, Riscos, Responsabilidade Pré-Contratual, Dolo, Dever de Informar, Boa-Fé Objectiva, Período Pré-Contratual, Contrato, Indemnização.

ABSTRACT

Known as a process that is realized before the celebration of a contract, *Due Diligence*, aims to collect information being the main purpose preventing eventual risks with the realization of a future contract. More than preventing the occurrence of risks, what is pretended with this procedure is that the parts involved in a contract have the necessary tools, in other words, information, to celebrate the future contract. This way it is assured that the parts pay a fair price or, the other way around, prevents that they pay an unfair price. In a corporate level, the *Due Diligence* aims to minimize the risks inherent to market operations among which we can find company mergers, acquisitions, demergers, among others. Thus, the *Due Diligence* could have as an object the evaluation of the following issues related with the company which one of the parts wants to acquire: financial and economical situation; organizational aspects; productive aspects; information technology and computer security; legal, market and tax risks, situation of trademarks and patents; labor situation (direction and employees); contracts situation, commitments and contingencies, labor and environmental risks. Notwithstanding the above, *Due Diligence* is a reality much more comprehensive once it exists not only in a corporate level but also in an environmental, labor, financial, legal, operative or circumstantial levels, present even in our daily lives, depending on the deal that is going to be celebrated. It is understandable the innumerable duties that compete in a process like this, in particular focus to the duties of information. The duty of information steams from the principle of good faith in its objective sense, in other words, as rule of conduct, which disrespect could, much of the times, originate a pre-contractual liability with the proper legal consequences.

Keywords: *Due Diligence*, Prior Review, Risks, Pre contractual liability, Malice, Duty to report, Good Faith, Contractual Period, Contract, Indemnity.

Fado Português

O Fado nasceu um dia,
quando o vento mal bulia
e o céu o mar prolongava,
na amurada dum veleiro,
no peito dum marinheiro
que, estando triste, cantava,
que, estando triste, cantava.

Ai, que lindeza tamanha,
meu chão, meu monte, meu vale,
de folhas, flores, frutas de oiro,
vê se vês terras de Espanha,
areias de Portugal,
olhar ceguinho de choro.

Na boca dum marinheiro
do frágil barco veleiro,
morrendo a canção magoada,
diz o pungir dos desejos
do lábio a queimar de beijos
que beija o ar, e mais nada,
que beija o ar, e mais nada.

Mãe, adeus. Adeus, Maria.
Guarda bem no teu sentido
que aqui te faço uma jura:
que ou te levo à sacristia,
ou foi Deus que foi servido
dar-me no mar sepultura.

Ora eis que embora outro dia,
quando o vento nem bulia

e o céu o mar prolongava,
à proa de outro velero
velava outro marinheiro
que, estando triste, cantava,
que, estando triste, cantava.

José Régio, in 'Poemas de Deus e do Diabo'

ÍNDICE

Introdução.....	10
CAPÍTULO I	
O PERÍODO PRÉ-CONTRATUAL.....	13
1. O período pré-contratual e a sua consagração no ordenamento jurídico português.....	13
1.1. A responsabilidade pré-contratual: Origem e desenvolvimento histórico.....	19
1.2. A problemática no mundo hodierno: O princípio da autonomia privada/ liberdade contratual <i>versus</i> o princípio da boa-fé.....	23
1.3. A natureza jurídica.....	30
1.3.1. A tese contratualista e a tese extracontratualista.....	31
1.3.2. Uma terceira via no Direito da Responsabilidade Civil.....	33
1.4. O princípio da boa-fé.....	36
1.4.1. Deveres pré-contratuais de informação e de esclarecimento.....	40
1.4.2. Deveres de lealdade e de negociação honesta.....	48
CAPÍTULO II	
A IMPORTÂNCIA DE UMA <i>DUE DILIGENCE</i>.....	56
2. <i>A Due Diligence</i>	56
2.1. Conceito e evolução histórica.....	56
2.2. Características: qual o momento adequado para a sua realização, qual o tempo necessário, onde e como?.....	64
2.3. Função.....	65
2.4. <i>A Due Diligence</i> financeira.....	74
2.4.1. <i>A Due Diligence</i> financeira <i>versus</i> auditoria.....	82
2.5. Fases do processo.....	83
2.6. Assessores que intervêm num processo de <i>Due Diligence</i> e funções desenvolvidas.....	86
CAPÍTULO III	
FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE NA <i>DUE DILIGENCE</i>.....	90
3. A responsabilidade pré-contratual decorrente da violação dos deveres da boa-fé na realização de uma <i>Due Diligence</i>	90
3.1. A responsabilidade pré-contratual por omissão dos deveres de informação em caso de dolo.....	93

3.2. O <i>quantum</i> indenizatório.....	94
--	----

CAPÍTULO IV

O CONTRATO E A ANÁLISE ECONÓMICA DO DIREITO.....	103
--	-----

4. A análise económica do contrato.....	103
---	-----

4.1. A questão da racionalidade limitada.....	103
---	-----

4.2. O conceito económico do contrato.....	107
--	-----

4.2.1. A <i>Due Diligence</i> como contrato.....	109
--	-----

4.3. O problema do cálculo indenizatório: a componente prática do valor da indenização.....	112
---	-----

Conclusões.....	115
------------------------	------------

Referências Bibliográficas

Jurisprudência

INTRODUÇÃO

O objectivo deste trabalho consiste em analisar dois temas que não deixam de ter uma importância ímpar na realidade em que vivemos: a Responsabilidade Pré-Contratual e a *Due Diligence*. O que se pretende é, pois, procurar reflectir sobre a questão da responsabilidade pré-contratual, em particular, por violação dos deveres decorrentes do Princípio da Boa-Fé aquando da realização de uma *Due Diligence*.

Sendo aluna do Mestrado Profissionalizante em Direito e Economia, a minha principal preocupação aquando da escolha do presente tema, foi encontrar uma matéria que fosse de encontro com o casamento entre estas duas áreas. Desta forma, acabei por optar por uma temática puramente jurídica, a *Responsabilidade Pré-Contratual* e outra, mais conhecida no mundo da Economia, a *Due Diligence*.

Foi, curiosamente, a temática da *Due Diligence* que primeiramente me cativou. Tal deveu-se grandemente ao facto de estar, na data, a trabalhar no departamento jurídico de um Banco, onde as questões de *compliance* e de auditoria eram uma constante. Da mesma forma - e talvez esta seja a razão primordial - pelo seu tratamento ainda bastante tímido, não apenas no curso de Direito, em particular, mas igualmente em Portugal, em geral.

É prática corrente, observar no mundo hodierno, uma multiplicidade de instrumentos de reorganização societária, como incorporações, fusões e cisões, que visam alcançar objectivos como a redução da carga tributária. A par deste objectivo surgem outros de natureza (anti-) concorrencial, de “controlo” acionista, de eficiência produtiva ou de eficiência de custos resultante da nova estrutura. Em face desta realidade, cada vez mais frequente, começa a surgir a necessidade, por parte das empresas, de antes de realizarem qualquer operação, se aconselharem com profissionais das mais variadas áreas, consoante o tipo de negócio a realizar¹. Ora, e se esta informação falhar? Ou, se por outro lado, for insuficiente ou mesmo deficiente e, em consequência, surjam inconvenientes (evitáveis) para aquele que contrata? Quem deverá, em face disto, ser responsabilizado? E como?

¹ Fácil é assim de perceber que, para que se possa concluir um negócio com sucesso, a obtenção de informação sobre a empresa alvo é, pois, de extrema relevância, no sentido se evitam futuros riscos naquele negócio.

No sentido de responder a estas questões e a muitas outras que daqui decorrem, dividimos este trabalho em três capítulos.

No primeiro capítulo iremos abordar o período pré-contratual, a sua protecção no direito português, as suas origens e fundamentos, perspectivando a sua evolução desde a teoria da “*culpa in contrahendo*” de JHERING até às considerações tecidas no nosso ordenamento jurídico face à singularidade e complexidade do artigo 227.º do nosso Código Civil. Seguidamente, analisaremos a sua natureza jurídica e toda a discussão doutrinária aí envolta. Não bastando, iremos fazer uma exposição de todo o Princípio da Boa-Fé, na sua vertente objectiva, bem como dos seus deveres decorrentes à luz do nosso ordenamento jurídico. Procuraremos também explorar a relação que se estabelece entre a boa-fé objectiva e o princípio da protecção da confiança e ainda o daquele princípio com o dever pré-contratual de informação.

Por sua vez, no segundo capítulo, iremos reflectir sobre a importância da realização de uma *Due Diligence*, um tema com uma enorme relevância prática, embora ainda muito insuficientemente explorado no nosso país.

No terceiro capítulo, analisaremos os dois temas supracitados em conjunto, estudando aqui as consequências da violação dos deveres da boa-fé aquando da realização de uma *Due Diligence*. Estudaremos em particular, as consequências da violação do dever de informação e como se efectua toda a responsabilidade pré-contratual neste caso. Cabe, ainda, analisar os efeitos da responsabilidade pré-contratual por ruptura ilegítima das negociações, na medida em que estes se prendem exclusivamente com a indemnização dos danos sofridos pelo lesado: o grande problema está, pois, em saber qual o “*quantum*” indemnizatório devido.

Por fim, no quarto e último capítulo, iremos transportar os ensinamentos da Economia e complementá-los com os mandamentos trazidos pelo Direito. Procuraremos compreender, nomeadamente, o porquê da conduta dos seres humanos, enquanto seres dotados de uma racionalidade limitada. Porque é que escolhemos comprar o produto A em vez do produto B ou C? Da mesma forma, porque é que os seres humanos decidem contratar ao invés de não o fazer? No fundo, iremos estudar as implicações do *Princípio do Custo Benefício* nos perfazimentos que o Direito nos deixou, levando-nos a desvendar uma nova ciência, a “*Bio-Behavioural Law and Economics*” ou “*Análise Económico Comportamental do Direito*” e, simultaneamente, tentar compreender como é que esta disciplina se relaciona com o procedimento de *Due Diligence*.

Procuraremos também, sempre que possível e necessário, complementar o trabalho com recurso a jurisprudência de forma a complementar as posições e teorias definidas por alguns Autores com as decisões dos nossos Tribunais.

CAPÍTULO I

O PERÍODO PRÉ-CONTRATUAL

1. O período pré-contratual e a sua consagração no ordenamento jurídico português

Como é por nós sabido, enquanto cidadãos formados em Direito, o contrato constitui, segundo a definição clássica avançada por SAVIGNY, “um negócio jurídico composto por duas ou mais declarações de vontade de sentidos opostos, que porém terminam por convergir num mútuo acordo, dirigido à produção de efeitos jurídicos coincidentes com o teor das vontades manifestadas”².

O nosso Código Civil (doravante designado de CC), no seu artigo 232.º estatui como requisito fulcral para a conclusão de um contrato, o acordo entre as partes sobre todos os pontos que qualquer delas tenha julgado necessário negociar.

FRANCISCO DE P. BLASCO GASCÓ diz-nos que “o acordo não é, nem mais nem menos, do que um momento na vida do contrato e, embora se trate de um momento de importância decisiva, ele não é independente de tudo quanto o antecede, nem sucede”³.

Na nossa opinião, o que o Autor quis com esta frase dizer é que a circunstância de se celebrar um contrato não se resume à chegada de um consenso capaz de unir as diferentes perspectivas das partes. Ao celebrarmos um contrato, temos de ter em atenção que não basta uma proposta e uma aceitação. Há todo um caminho a percorrer até chegarmos ao produto final. Assim, nas palavras de MARIANA FONTES DA COSTA “chegar a um consenso implica, em regra, delimitar interesses, expor vontades, fixar exigências e fazer concessões”⁴. É, pois, a este “*período mais ou menos longo de gestação*”, a que chamamos de “*período pré-contratual*”, sobre o qual nos debruçaremos ao longo do presente trabalho, em especial neste primeiro capítulo, onde lhe daremos um tratamento mais pormenorizado.

² COSTA, Mariana Fontes da – *Ruptura das negociações pré-contratuais e cartas de intenção*, Coimbra Editora, grupo Wolters Kluwer, 1.ª edição Abril 2011, p. 19.

³ GASCÓ, Francisco de P. Blasco – *El contrato antes del contrato* (Reflexiones Sobre La Responsabilidad Precontractual, Contratación y Consumo)”, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1998, página 26, in: COSTA, Mariana Fontes da – *Ruptura das negociações pré-contratuais e cartas de intenção*, Coimbra Editora, grupo Wolters Kluwer, 1.ª edição Abril 2011, p. 19.

⁴ COSTA, Mariana Fontes da – *Ruptura das negociações pré-contratuais e cartas de intenção*, Coimbra Editora, grupo Wolters Kluwer, 1.ª edição Abril 2011, p. 20.

Finda esta parte introdutória, MARIANA FONTES DA COSTA⁵, ensina que é possível distinguirmos, três fases distintas na vida de um contrato⁶. Vamos agora perceber o que trata cada uma delas.

1) A Fase Prospectiva

Esta fase corresponde ao período em que as partes entram pela primeira vez em contacto e, neste sentido, tentam conhecer aquele que será o objecto negocial. É uma fase onde se desenvolvem essencialmente as pesquisas de mercado, os pedidos de informação, sondagens, conversações ou debates. A principal característica desta fase é a sua natureza unilateral, contrastante com a bilateralidade, distintiva das negociações e onde temos reflexo disso mesmo nas restantes fases pré-contratuais, como iremos ver em seguida⁷. Por outras palavras, ainda que os sujeitos considerem já a possibilidade de entrarem em negociações e adoptarem comportamentos nesse sentido, não existe (ainda) uma efectiva intenção elaborar um contrato.

2) A Fase das Negociações

Esta etapa inicia-se logo que uma das partes revela à outra a sua intenção de celebrar um contrato. Ora, é o “convite a contratar”⁸, que marca o fim da fase anterior. Na sua

⁵ In: *Idem*, pp. 20 e ss..

⁶ Como refere MARIANA FONTES DA COSTA “esta divisão do período pré-contratual em fases tem por finalidades, essencialmente dogmático-pedagógicas, que visam facilitar a análise e compreensão da celebração do contrato como processo não uniforme. Trata-se de decantar um fenómeno unitário, com todas as virtualidades e perigos que acarreta. Desta forma, importa salvaguardar que, embora em abstracto seja possível distinguir estas três fases do período pré-contratual, há situações em que a realidade a elas não se deixa subsumir, eliminando ou associando fases e tornando a fixação de fronteiras muito difícil ou até mesmo virtualmente impossível”, in: *Ruptura das negociações pré-contratuais e cartas de intenção*, Coimbra Editora, grupo Wolters Kluwer, 1.ª edição Abril 2011, p. 20.

⁷ COSTA, Mariana Fontes da – *Ruptura das negociações pré-contratuais e cartas de intenção*, Coimbra Editora, grupo Wolters Kluwer, 1.ª edição Abril 2011, p. 20. Ver também nota (11) desta página, que nos remete para CARBONNIER, Jean - *Droit Civil, Tome 4 / Les Obligations*, 22.ª ed., Paris, Presses Universitaires de France, 2000, pp. 71 e ss. Este Autor, denomina esta etapa “la phase indécise” e caracteriza-a como sendo aquela em que “la période précontractuelle est (...) à un degré voisin de zéro”.

⁸ Nas palavras da Autora citada na nota de rodapé anterior “o convite a contratar constitui uma declaração que não contém os requisitos necessários para ser qualificada como proposta contratual (para ser válida uma proposta contratual, ela tem de ser completa, obedecer à forma exigida para o contrato e revelar uma intenção séria de se vincular) e tem em vista manifestar a disponibilidade do declarante para negociar. A emissão deste convite é suscetível de gerar no seu destinatário a expectativa justificada da possibilidade de se desenvolver um processo correcto, leal e honesto de negociações. Embora o grau embrionário de confiança gerada pelo convite a contratar dificilmente dê origem a comportamentos merecedores da tutela jurídica, tal ideia não pode ser afastada à partida, razão pela qual entendemos estar perante uma bilateralidade relacional, característica da fase de negociações”. - COSTA, Mariana Fontes da – *Ruptura das negociações pré-contratuais e cartas de intenção*, Coimbra Editora, grupo Wolters Kluwer, 1.ª edição

essência este mais não é do que uma declaração pela qual uma pessoa se manifesta disposta a iniciar um processo de negociação com vista à futura eventual conclusão de um contrato, mas sem se vincular, nem à sua conclusão, nem a um seu conteúdo já completamente determinado. Porém, ele não é vazio de conteúdo, pois fixa com maior ou menor determinação, o quadro contratual cuja negociação se propõe. Aqui o seu autor mantém uma liberdade que não tem na proposta do contrato: pode modificar o conteúdo do projecto contratual, sendo-lhe ainda permitido desistir de contratar. Por sua vez, a sua aceitação tem apenas como consequência o iniciar de uma negociação com vista à celebração de um contrato, vinculando os agentes envolvidos apenas ao dever da boa-fé, nos moldes do artigo 227.º do CC⁹. Agora, encontra-se já formada uma intenção de elaborar um projecto contratual. Neste sentido, são desencadeados contactos com a contraparte, no sentido de transformar essa intenção em realidade. É na verdade, aqui que as partes começam a exteriorizar a sua vontade de contratar, as suas intenções, os seus objectivos com a celebração *daquele* contrato e não qualquer outro.

Nas palavras de CARLOS ALBERTO MOTA PINTO, tem lugar nesta fase um vasto leque de acordos que têm precisamente *uma finalidade preparatória do negócio definitivo*¹⁰. Aqui podemos destacar o contrato-promessa, o pacto de preferência, as cartas de intenção, minutas ou puntacções¹¹. Estes acordos tem como fim “a procura de soluções que permitam minorar os riscos inerentes ao contrato, bem como a protecção dos seus interesses em caso de diferendo ou contencioso”¹². MARGARIDA FONTES DA COSTA refere a crescente importância atribuída nas negociações, “a cláusulas de limitação ou exclusão de responsabilidade, cláusulas penais e de inversão do ónus da prova, cláusulas de arbitragem, fixação convencional do foro competente, pactos privativos ou atributivos de jurisdição”¹³.

Urge ainda destacar a importância que desempenha nesta fase o processo de *Due Diligence*, o qual nos iremos debruçar no próximo capítulo. Ora, é precisamente para que

Abril 2011, p. 23. Vide, neste sentido, TELLES, Inocêncio Galvão – *Manual dos contratos em geral*, p. 247, e ALMEIDA, Carlos Ferreira de- *Contratos I; conceito, fontes, formação*, 4.ª ed., Coimbra, Almedina, 2008, pp. 119 e ss..

⁹ VASCONCELOS, Pedro Pais de – *Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, 5ª edição, 2008, pp.468 e 469.

¹⁰ MOTA PINTO, Carlos Alberto da; - *A responsabilidade pré-negocial...*; ob. cit.; p. 167.

¹¹ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – *Negociações e responsabilidade...*; ob. cit.; p. 53: Conhecidas como “*letters of intent, memorandum of understanding, heads of agreement ou lettres d’intention*” e COSTA, Mariana Fontes da; *Ruptura das negociações...*; ob. cit.; pp. 78 e ss..

¹² In: COSTA, Mariana Fontes da - *Ruptura das Negociações...*, p. 21.

¹³ *Ibidem*.

se fique melhor a conhecer a parte com quem se contrata, seja ela pessoa singular ou colectiva, bem como o próprio negócio em si- no sentido de se evitarem o máximo de riscos possível com a sua celebração- que se realiza o procedimento de *Due Diligence*.

Para que possamos compreender melhor o que acabou de ser exposto, vamos imaginar, a título de exemplo, a seguinte hipótese: A sociedade X pretende fundir-se com a sociedade Y. Para tal, convidou B, a celebrar um contrato de fusão, por exemplo, por incorporação, (artigo 45.º da Lei n.º 53/2015, de 11 de Junho, relativa à Constituição e Funcionamento das Sociedades de Profissionais sujeitas a Associações Públicas Profissionais) e juntas elaboraram um “*projecto de fusão*”¹⁴. Posto isto, a Sociedade Y incorreu nas despesas necessárias à preparação daquele projecto e procedeu à fiscalização do mesmo. Como? Ora, compete à administração de cada sociedade que pretende participar na fusão e que tenha um órgão de fiscalização, comunicar-lhe o projecto de fusão para que sobre ele seja emitido parecer. Caso a sociedade não tenha um órgão de fiscalização, incumbe à administração de cada sociedade promover à investigação do projecto. Tal pode ser efectuado por um revisor oficial de contas ou por uma sociedade de revisores independente de todas as sociedades intervenientes, por uma sociedade de advogados ou por uma consultora, como temos exemplo no nosso país a Deloitte, a Ernst & Young (EY), a KPMG e a PricewaterhouseCoopers (PwC). Contudo, no decorrer das negociações, antes que A tivesse tido oportunidade de se pronunciar sobre as mesmas, foi intentada contra a Sociedade X uma acção de insolvência. Frustraram-se, portanto as expectativas da Sociedade Y que, para além de ter distendido tempo num negócio em vão, incorreu em avultados gastos com a preparação do negócio, que afinal não logrou a realizar-se em virtude do comportamento da Sociedade X. Esta violou, portanto, deveres de boa-fé impostos nesta fase, como iremos perceber de seguida.

Nessa medida, a 7 de Agosto de 2014, a Portugal Telecom, SGPS, S.A. (“PT SGPS”), mais precisamente o seu Conselho de Administração, manditou diretamente a PwC para analisar, de forma independente, os procedimentos e actos relativos a aplicações de tesouraria em entidades do Grupo Espírito Santo (“GES”) até àquela data. Não bastando, manditou também aquela entidade de “realizar uma análise abrangente de todos os aspetos relevantes relacionados com as referidas aplicações. Tendo a PwC

¹⁴ “Projecto onde constam elementos necessários para o perfeito conhecimento da operação visada, tanto no aspecto jurídico como no aspecto económico”- disponível em www.pmelink.pt. Ver também sobre este assunto: Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, 0274/12 de 28/05/2014.

concluído a sua análise procedeu-se à divulgação de informação com base no seu relatório e informação anteriormente divulgada ao mercado, atendendo a recomendações da CMVM”¹⁵.

Apesar do estrangeirismo que a palavra contém em Portugal, à semelhança do que acontece em muitos outros países à escala mundial, encontramos variadíssimos exemplos desta realidade, não do concreto exemplo que se acabou de expor, mas sim de uma *Due Diligence*.

3) A Fase Decisória¹⁶

O contrato completa-se, como sabemos, com a eficácia da aceitação¹⁷: a proposta e a aceitação. “A proposta deve ser *completa, firme e formalmente suficiente*”.¹⁸ Esta tem uma peculiar natureza que é a de constituir um projecto completo de contrato, projecto que se destina a ser transformado em contrato, mediante a sua simples aceitação pela pessoa a quem for dirigida, sem necessidade de qualquer outra formalidade ou manifestação de vontade. Como acto jurídico a proposta tem de ser idónea a este fim¹⁹. Se não respeitar estes três requisitos, a proposta mais não é do que um “simples convite a contratar”²⁰ Porém, MARIANA FONTES DA COSTA²¹ esclarece que a conspécção de que o contrato nasce unicamente por existir um acordo entre duas vontades livres “*é perigosamente simplista*”, conduzindo-nos quase mecanicamente a ignorar a própria raiz do Direito Civil. A Autora explica que a ideia de um simples encontro entre dois interesses divergentes é muito restritiva da realidade, acreditando que há todo um contexto relacional muito mais amplo e complexo.

¹⁵ Podemos consultar este relatório em www.ptsgps.pt: Comunicado | Lisboa | 8 de janeiro de 2015. “Resultados da Análise da PriceWaterhouseCoopers”, Relatórios elaborados pela PwC Portugal a pedido do Conselho de Administração da Portugal Telecom, SGPS, S.A.

¹⁶ Expressão de PINTO, Carlos Alberto da Mota - *A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos*, ob. cit., p. 30, *passim*.

¹⁷ MARIANA FONTES DA COSTA continua ensinando que “a aceitação constitui a segunda declaração de vontade e dela deve resultar uma concordância total e absoluta á proposta, não implicando qualquer aditamento, modificação ou exclusão nos termos desta, o que leva a doutrina anglo-saxónica a referir-se a este modelo como o da “mirror-image rule” ou em português “regra da imagem de espelho”, in: *Ruptura de negociações pré-contratuais e cartas de intenção*, p. 24, nota (24).

¹⁸ Sobre os requisitos da proposta contratual, MENEZES CORDEIRO, Tratado de Direito Civil Português, cit., I, I, pp. 348 e ss in: VASCONCELOS, Pedro Pais de – *Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, 5ª edição, 2008, p. 467.

¹⁹ VASCONCELOS, Pedro Pais de – *Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, 5ª edição, 2008, p. 466.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ In: COSTA, Mariana Fontes da - *Ruptura de negociações pré-contratuais e cartas de intenção*, p. 29.

Não podemos deixar de concordar plenamente com esta orientação, pois, na verdade antes de existir uma qualquer aceitação, há todo um caminho que já se percorreu, e que já o referimos atrás: existe efectivamente um período inicial, onde as partes trocam informações e é precisamente em virtude destas, juntamente com a capacidade de persuasão e de influência que cada uma das partes tem sobre a outra, que começa a surgir a vontade de negociar. Porém, não é só a capacidade de persuasão de cada uma das partes que se verifica aqui. Também as condições do mercado têm aqui um grande peso e, até mesmo, a própria sociedade, pela influência que a informação tem sobre nós, quando a ela temos acesso, por exemplo, pelo que lemos diariamente nos jornais, pelas notícias que assistimos na televisão ou ouvimos na rádio, na medida em que têm uma grande capacidade de influenciar a parte de celebrar ou não aquele contrato. Só depois de existir já entre as partes uma vontade mútua de celebrar um negócio, é que as partes começam a realizar procedimentos no sentido melhor conhecer aquele negócio, onde encontramos a figura da *Due Diligence*. Há aqui já uma verdadeira intenção de contratar, pois as partes, por exemplo com a realização daquele procedimento, já despendem avultados custos. E é precisamente esta fase que necessita de ser protegida, uma vez que, como já tivemos oportunidade de verificar, muito facilmente se frustram as expectativas das partes, por exemplo por uma quebra de negociações inesperada. É, pois, necessária uma tutela jurídica eficaz, destinada a disciplinar toda esta relação que se estabelece entre as partes desde os primeiros contactos até à existência de uma aceitação, nomeadamente em situações de ruptura antecipada de negociações e consequente quebra das expectativas criadas legitimamente entre as partes.

A este propósito, e para justificar o que acabámos de expor, passamos a citar o que por MARIANA FONTES DA COSTA foi dito, ao referir o Autor alemão GÜNTHER TEUBNER, e que nos apresentou precisamente três planos de construção do contrato. Estes surgem interligados e influenciam, no seu conjunto, a disciplina das relações jurídico-privadas: “*o plano da interacção*” que se estabelece entre as partes; “*o plano da instituição*”, onde se enquadram as influências institucionais, das quais se destaca pela sua importância, o mercado; e o “*plano da sociedade*” que abrange as exigências do sistema social em globo, com particular relevo para o ordenamento jurídico²².

Assim, em nossa apreciação, um contrato não se pode reduzir ao mero consenso entre a vontade das partes, tendo de compreender factores resultantes da conduta

²² COSTA, Mariana Fontes da – *Ruptura de negociações e cartas de intenção...*, p. 30.

performativa das partes e que a BAPTISTA MACHADO chama de *heteronomia evitável*²³, mas também elementos impostos pelo exterior, independentemente da vontade e da conduta dos contraentes e que MARIANA FONTES DA COSTA chama de *vinculação heterónoma pura*²⁴. A existência de um contrato resulta assim de um conjunto entre as exigências do consenso, as exigências institucionais e as imposições jurídico-sociais.

1.1. A responsabilidade pré-contratual: Origem e desenvolvimento histórico

Sabendo em que consiste o período pré-contratual, vamos imediatamente analisar como se desencadeia a responsabilidade nesta fase. Importa pois para a sua correcta compreensão analisar toda a sua evolução que vai desde o seu “nascimento” até ao seu enquadramento à luz do ordenamento jurídico vigente.

Este instituto foi abordado pela primeira vez no âmbito do Direito Romano²⁵. Na verdade, já nesta época se observava uma protecção dada aos contraentes no período das negociações. Contudo, tratava-se de uma protecção muito frágil e limitada, na medida em que incidia apenas sobre as hipóteses em que a prestação era originariamente impossível e naquelas em que, uma das partes, actuando com culpa ou dolo, tinha como finalidade esconder defeitos ou valorizar o bem²⁶.

O problema começou a ser levantado em finais do século XVIII, inícios do século XIX, quando Autores como POTHIER e DOMAT²⁷, se questionaram, igualmente, sobre a questão da responsabilidade de quem provocasse a invalidade de um contrato, nomeadamente fundada em erro ou dolo.

²³ *Ibidem*. Para maiores desenvolvimentos vide BATISTA MACHADO, - *A cláusula do razoável*, p. 539.

²⁴ COSTA, Mariana Fontes da – *Ruptura de negociações e cartas de intenção...*, p. 30.

²⁵ Revelador deste facto é o conhecido texto de CÍCERO que, num dos seus conhecidos textos, conta a história de CÂNIO, cidadão romano, dolosamente enganado por PIZIO. Cânio queria comprar uma casa em Siracusa para aí passar o verão; conhecedor desse desejo, Pizio, proprietário sobre uma casa sobre o mar, convida-o para jantar, acordando antecipadamente com os pescadores locais que nessa noite lhe levassem grandes quantidades de peixe a casa. Encantado, aquele ficou convicto de que esse era um comportamento habitual dos pescadores e acaba por sugerir a compra da casa a Pizio. Escusado será dizer que Cânio esperou, em vão, pelos pescadores e pelo peixe. Perguntava Cícero, o que fazer em tal situação, dado o evidente erro em que um dos contraentes foi pelo outro deliberadamente induzido- in: PRATA, Ana – *Notas sobre a responsabilidade pré-contratual*, Lisboa, 1991, pp.7 e ss. Ver também SILVA, Eva Sónia Moreira da – *A responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*, Almedina, Abril 2006, p. 18 e BENATTI, Francesco – *A responsabilidade pré-contratual*, trad. de Adriano Vera Jardim e Miguel Caeiro, Coimbra, Almedina, 1970, pp. 9 e ss..

²⁶ PRATA, Frederico Afonso Cavaleiro, *Responsabilidade pré-contratual por ruptura ilegítima das negociações* - Dissertação de Mestrado, na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Civilísticas com Menção em Direito Civil, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2014, p. 15.

²⁷ *Ibidem*, p. 1, nota (18).

No entanto, foi sobretudo no ano de 1861 que o instituto da responsabilidade pré-contratual ganhou uma maior visibilidade, nomeadamente a nível doutrinal, quando o Autor alemão RUDOLF VON JHERING, estudou esta temática na sua emblemática obra “*Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen*”²⁸. O seu estudo foi o ponto de partida para muito outros que se lhe seguiram, levando a que se aceitasse cada vez melhor a ideia de uma responsabilidade pré-contratual.

JHERING abordou este instituto em virtude da nulidade dos contractos por divergência insanável entre a vontade real e a vontade declarada, cuidando apenas do problema da responsabilidade decorrente da celebração, por culpa de uma das partes, de um contrato viciado²⁹. A sua preocupação era encontrar resposta para a questão de saber se no “caso de um contrato ser declarado inválido ou ineficaz por divergência entre a vontade e a declaração, se poderia uma das partes ser indemnizada, nomeadamente devido ao comportamento culposo da outra, sempre que aquela declaração lhe causasse prejuízos”³⁰. No fundo, o que o Autor pretendeu foi estruturar uma teoria que protegesse o destinatário, que considerava estar numa posição mais débil, de uma declaração de vontade na fase pré-contratual³¹.

“Poderia responsabilizar-se o contraente pelos danos culposamente causados à outra parte pela celebração de um contrato que acabava por ser declarado nulo?”^{32/33}

No fundo, para JHERING, a base do instituto estaria no próprio contrato concluído com nulidade, assegurando que a nulidade afectaria o escopo principal do contrato³⁴. Esta foi a questão que levou JHERING a debruçar-se sobre este tema, “levantando a problemática da responsabilidade proveniente da celebração de negócios inválidos,

²⁸ “*Culpa in contrahendo* ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição”- *apud*: PRATA, Frederico Afonso Cavaleiro – *Responsabilidade pré-contratual por ruptura ilegítima das negociações*, p. 16, nota (19).

²⁹ LAM, Chu Lam – *Responsabilidade pré-contratual na modalidade de ruptura de negociações*, p. 753.

³⁰ VARELA, João de Matos Antunes – *Das obrigações em geral*, Volume I; p. 268 - *apud* PRATA, Frederico Afonso Cavaleiro, *Responsabilidade Pré-contratual...*, p. 16.

³¹ PRATA, Frederico Afonso Cavaleiro, *Responsabilidade...*, p. 16.

³² SILVA, Eva Sónia Moreira da – *A responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*, p. 17.

³³ Foi perante uma situação concreta, que com ele se tinha passado, que o Autor partiu para explanar a sua teoria: JHERING tinha pedido ao um amigo que lhe encomendasse ¼ de caixa de charutos e este, por engano, encomendou 4 caixas. Pergunta-se: quem deveria ser responsabilizado pelo erro e em que termos? - *in*: PRATA, Frederico Afonso Cavaleiro, *Responsabilidade...*, p. 16.

³⁴ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes – *Da Boa-Fé no Direito Civil*, Volume I, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 530 e 531.

havendo culpa de uma das partes, quando a contraparte merece a tutela da confiança que depositara na validade do negócio”³⁵. Para este Autor, “*a culpa in contrahendo*”, consistiria na “inobservância da necessária diligência por quem negoceia com outrem para a conclusão de um contrato. As partes, na fase antecedente à sua conclusão, devem comportar-se de forma leal e honesta”^{36/37}.

Embora alvo de críticas, nomeadamente por parte de BAUMERT e THILO STICH³⁸, a obra de JHERING teve, sem dúvida, uma grande influência sobre vários autores de vários ordenamentos jurídicos, não só na Alemanha, mas também em França, Itália, Espanha e Portugal³⁹. Foram, de facto, vários os estudos que se lhe seguiram, trazendo novos desenvolvimentos à sua tese, mas que acabaram por consagrar nos seus diplomas nacionais o instinto da “*culpa in contrahendo*”, e acabando mesmo por alargar o seu âmbito de compreensão⁴⁰.

A ideia de que o abandono das negociações poderia ser suscetível de fazer nascer a obrigação de indemnização começou a ser, cada vez mais efervescente na doutrina. Quem

³⁵ SILVA, Eva Sónia Moreira da – *A responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*, pp. 17 e 18.

³⁶ SILVA, Eva Sónia Moreira da – *A responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*, p. 18.

³⁷ Já na época existiam codificações que consagravam uma responsabilidade pré-contratual. O Allgemeines Landrecht prussiano, de 1794, estipulava que o que se dispõe quanto ao cumprimento do contrato vale também no caso de um dos contraentes descumprir os deveres que sobre si recaem aquando da conclusão de um contrato e aquele que violar os seus deveres na conclusão ou no cumprimento do contrato, de modo intencional ou por descuido grosseiro, deve indemnizar a totalidade do interesse do lesado. Da mesma forma, o Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch austríaco, de 1811, determinava em disposições avulsas a obrigação de indemnização por parte de quem desse origem a danos em virtude de se fazer passar por capaz para a celebração de contractos, utilizando expressões obscuras, realizando acto simulado ou usando de dolo ou temor injusto.

³⁸ “BAUMERT considera que JHERING viu o fundamento da responsabilidade exclusivamente no comportamento do parceiro contratual. Por sua vez, T. STICH é da opinião de que em JHERING, a proximidade entre a nulidade e o dano apenas conduziria à natureza contratual da responsabilidade emergente a favor da pessoa enganada pela aparência do contrato. O fundamento da obrigação de indemnizar é retirado de uma série de elementos, num esquema criticado pela sua falta de unidade”. - CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes – *Da Boa-Fé ...*, p. 531.

³⁹ Em Portugal defendia-se a ideia de que poderia existir responsabilidade por quem abandonasse as negociações e causasse, por esse motivo, danos à contraparte, em SILVA, Eva Sónia Moreira da – *A responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*, p. 19.

⁴⁰ Na realidade, “não se deve atribuir a JHERING a ideia de que o próprio contrato nulo geraria a fenomenologia da “*culpa in contrahendo*”. Apesar do desencontro de várias das suas proposições, o conjunto do seu texto permite, antes, uma derivação a partir da culpa como tal, e um integrar das consequências na responsabilidade contratual, por força das condições especiais em que a referida culpa se veio a concretizar. Considera-se, hoje, que JHERING não deu do instituto da “*culpa in contrahendo*” uma fundamentação clara e unitária, fazendo uso de um discurso marcadamente tópico-material, acabando por não tomar posições dogmáticas definitivas” - CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes – *Da Boa-Fé....*, pp. 531 e 532.

muito contribuiu para o desenvolvimento desta ideia foi GABRIELE FAGGELLA⁴¹, em 1906. Este Autor veio defender, no essencial, a possibilidade de responsabilizar as partes nos períodos pré-contratuais, com base na conjunção entre a assunção livre de uma situação de negociações preliminares e o infligir de um dano patrimonial à contraparte⁴². Advogava que “a simples entrada em negociações implicaria um acordo, pelo menos tácito, pré-contratual, no sentido da obrigatoriedade da sua prossecução até à efectiva celebração do contrato ou até se concluir tal ser impossível, em virtude de não se conseguir o necessário consenso”. Segundo o Autor, este acordo fundaria a confiança das partes na lealdade da contratação e resultaria na concordância em entrar em negociações e dos usos do comércio. Por conseguinte quaisquer interrupções arbitrárias conduziriam a uma obrigação de indemnizar. Assim, uma assunção voluntária da entrada em negociações seria a fonte dos deveres pré-contratuais, precisamente por criar uma “obrigação tácita” de ressarcimento das despesas suportadas pela outra parte”^{43/44}.

O tema da “*culpa in contrahendo*” foi ainda estudado por FRANZ LOENHARD⁴⁵, que aprofunda, das pistas dadas por JHERING, a das concepções negociais, vindo desta forma, imputar este instituto à eficácia do contrato posteriormente celebrado.

Nos dias de hoje, a realidade que se visa proteger com este tipo de responsabilidade mostra-se muito mais abrangente, englobando uma multiplicidade de situações possíveis como a ruptura das negociações ou, até mesmo, a susceptibilidade de uma das partes de um contrato válido e eficaz ser obrigada a indemnizar a outra pelo respeito dos deveres impostos pela boa-fé.

⁴¹ FAGGELLA, Gabriele in: “I Periodi Precontrattuali e la Responsabilità Precontrattuale” in: SILVA, Eva Sónia Moreira da – *A Responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*, p. 17.

⁴² CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes – *Da Boa-Fé no Direito Civil*, Volume I, Almedina, p. 540.

⁴³ SILVA, Eva Sónia Moreira da – *A responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*, p. 19.

⁴⁴ “Na sequência do seu desenvolvimento doutrinal, os ordenamentos jurídicos continentais tem vindo a acolher a figura da responsabilidade pré-contratual, embora de diferentes formas. O Código Civil italiano, à semelhança do caso português no seu artigo 227.º, trata o instituto em termos gerais, consagrando-o através de uma única norma legal, o artigo 1337.º, que dispõe: As partes, no decurso das negociações e na formação do contrato, devem comportar-se segundo a boa-fé. Por sua vez, existem outros ordenamentos jurídicos como o francês e o alemão, que apenas contêm uma norma criada doutrinal ou jurisprudencialmente, tendo-se o legislador limitado a disciplinar algumas hipóteses de “*culpa in contrahendo*”- em SILVA, Eva Sónia Moreira da – *A responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*, p. 17.

⁴⁵ O Autor considerava que havendo vício da coisa vendida, a solução tradicional de que o vendedor responderia apenas quando tivesse agido com dolo ou quando houvesse assegurado a qualidade em causa, é injusta.

Na senda do Professor ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, a responsabilidade pré-contratual ou, como é conhecida no nosso ordenamento jurídico, “*culpa in contrahendo*”, “é uma das mais significativas descobertas jurídicas da época contemporânea”⁴⁶.

Importa ainda referir, como salienta FREDERICO AFONSO CAVALEIRO PRATA⁴⁷ que este tipo de responsabilidade pode aplicar-se a situações que vão muito mais além do que a figura contratual, sendo suscetível de ser aplicado não só a negócios jurídicos bilaterais, mas também a negócios jurídicos unilaterais e aos quase negócios jurídicos, não obstante de nestes dois últimos ter uma aplicação mais reduzida. Esta situação faz com que o termo mais correcto a utilizar seja “*responsabilidade pré-negocial*” e não “*responsabilidade pré-contratual*”. No entanto, optaremos por utilizar a última terminologia pela sua larga utilização pela maior parte dos Autores e porque, no presente trabalho, nos iremos reportar a todo o período que antecede o contrato e não qualquer outra figura.

1.2. A problemática no mundo hodierno: O princípio da autonomia privada/ liberdade contratual *versus* o princípio da boa-fé

Em Portugal, as referências iniciais à “*culpa in contrahendo*” aparecem na primeira edição das Instituições de Guilherme Moreira, que refere o assunto a propósito das obrigações contratuais⁴⁸.

Em face do princípio da liberdade contratual, podemos fazer a seguinte questão: “Como não defender a liberdade de os contraentes romperem negociações se anda não se concluiu qualquer contrato?”⁴⁹.

Hoje, esta problemática encontra-se tutelada no nosso Ordenamento Jurídico, em especial, no artigo 227.º do CC, que prevê este instituto, sob a epígrafe “*Culpa na formação dos contractos*”. Pode ler-se, no seu número 1 que “quem negoceia com outrem para a conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa-fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte”. Concluimos assim que “há, por força deste preceito,

⁴⁶ LAM, Chu Lam - *Responsabilidade pré-contratual na modalidade de ruptura de negociações*, Administração n.º 72, vol. XIX, 2006-2.º, p. 753.

⁴⁷ PRATA, Frederico Afonso Cavaleiro, *Responsabilidade...*, p. 14.

⁴⁸ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes – *Da Boa-Fé no Direito Civil*, Volume I, Almedina, p. 571.

⁴⁹ SILVA, Eva Sónia Moreira da – *A responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*, p. 19.

uma relação obrigacional nascida nos preliminares do contrato e integrada por deveres de conduta fundados na boa-fé, cuja violação faz incorrer o infrator na obrigação de indemnizar os danos desse modo causados a outrem”⁵⁰.

Nas palavras de FREDERICO AFONSO CAVALEIRO PRATA, “a norma em análise contém uma “verdadeira tensão dialéctica entre o princípio da autonomia privada/ liberdade contratual e o da boa-fé”⁵¹. Tal, vale por dizer que a culpa na formação dos contratos comporta uma verdadeira excepção do artigo 405.º do CC, na medida em que o legislador procurou colocar um entrave na liberdade de romper as negociações (vertente negativa da liberdade contratual - ideia de “*freedom from contract*”) tendo em vista a celebração de um negócio, de forma a salvaguardar os valores da confiança e das legítimas expectativas criadas⁵².

A “*ratio*” deste artigo centra-se a tutela da confiança do sujeito, observando os deveres impostos pela boa-fé, e portanto, na correcção, na honestidade, na lisura e na lealdade do comportamento da outra parte, quando tal confiança se reporte a uma conduta juridicamente relevante e capaz de provocar-lhe danos por ele ser o autor ou o seu destinatário. E portanto, facilmente percebemos que o problema tanto se coloca a propósito dos contratos como dos negócios unilaterais ou até dos puros actos jurídicos, o importante é que exista um destinatário⁵³.

Comos nos diz EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA⁵⁴ o âmbito de protecção deste artigo não se fica pela fase de negociações do contrato, estendendo-se também à fase decisória, ou, nas palavras de ANTUNES VARELA, “ao momento decisivo da conclusão de um contrato, abrangendo, por conseguinte, a fase crucial da redacção final das cláusulas do contrato”⁵⁵. Não bastando, aplicar-se-á independentemente de haver contrato ou não, de ser este válido ou inválido: o importante é que com a sua negociação se tenha violado o Princípio da Boa-Fé e, deste modo, se tenha provocado danos à contraparte. O

⁵⁰ VICENTE, Dário Moura – *A culpa na formação dos contratos em Angola e Portugal* - Conferência proferida em 11 de Setembro de 2010 na Universidade Eduardo dos Santos”, Huambo, Angola, p. 2.

⁵¹ PRATA, Frederico Afonso Cavaleiro, *Responsabilidade...*, p. 29.

⁵² GOMES, Orlando – *O Princípio da Boa-Fé no Código Civil Português*, p. 173 e MACHADO, João Baptista – *A cláusula do razoável*, pp. 463 e ss..

⁵³ PRATA, Ana – *Notas sobre responsabilidade pré-contratual*, p. 24. Ver também VICENTE, Dário Moura – *A culpa na formação dos contratos em Angola e Portugal* - Conferência proferida em 11 de Setembro de 2010 na Universidade Eduardo dos Santos”, Huambo, Angola, p. 6.

⁵⁴ Cit in: SILVA, Eva Sónia Moreira da – *A responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*, pp. 30 e ss..

⁵⁵ SILVA, Eva Sónia Moreira da – *A responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*, p. 30.

fundamento jurídico do instituto da “*culpa in contrahendo*” será, desta forma, somente o da violação de um dever imposto pela Boa-Fé e que surge “em virtude de se ter criado entre as partes negociadoras uma vinculação jurídica especial, de acordo com a qual cada um deve comportar-se segundo é de esperar de um honrado participante no tráfego”⁵⁶.

A “*culpa in contrahendo*” apresenta duas especificidades: apresenta um estudo científico directo e não uma vivência juscultural prévia e foi objecto, ao longo da sua evolução, de um tratamento central, isto é, de uma análise como conceito, independente, até certo ponto, das suas aplicações⁵⁷.

Este instituto constitui, na verdade, um campo normativo muito vasto que permite aos tribunais a prossecução dos fins jurídicos, com uma latitude grande de movimentos. Ficam cobertas as três áreas por onde, em termos históricos se espalhou a figura, antes de recebida pelo legislador de 1966: a dos deveres de protecção, a dos deveres de informação e a dos deveres de lealdade⁵⁸, cujo desenvolvimento iremos tratar mais adiante.

O instituto da responsabilidade pré-contratual, segundo o entendimento de ALMEIDA COSTA nasceu para proteger a confiança posta em causa por uma das partes na boa-fé da outra, ou seja, para proteger as expectativas que se lhe vão gerando ao longo do desenvolvimento das negociações⁵⁹. No mesmo sentido, ANA PRATA considera que a *ratio* do instituto é a tutela da confiança no sujeito na correcção, na honestidade e a lealdade do compromisso da contraparte, quando tal confiança se reporte a uma conduta juridicamente relevante⁶⁰.

A palavra-chave é aqui a “confiança”. Sobre esta, ANTÓNIO CARVALHO MARTINS⁶¹ diz-nos que qualquer que seja a circunstância em causa, não basta uma confiança que se configure como um simples estado psicológico ou convicção, com puras raízes subjectivas. Alega a este respeito que a confiança de uma das partes pode encontrar-se relacionada com o incumprimento de certos deveres derivados da boa-

⁵⁶SILVA, Eva Sónia Moreira da – *A responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*, p. 29. Ver também PRATA, Ana – *Notas sobre responsabilidade pré-contratual*, pp. 31 e ss..

⁵⁷ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes – *Da Boa-Fé no Direito Civil*, Volume I, Almedina, p. 528.

⁵⁸ *Idem*, p. 583.

⁵⁹COSTA, Mário Júlio Almeida - *A responsabilidade pré-contratual pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*. RLJ, ano 116.º (1983/1984), n.º 3708, p. 89.

⁶⁰ PRATA, Ana – *Notas sobre responsabilidade pré-contratual*, p. 25.

⁶¹ MARTINS, António Carvalho – *Responsabilidade pré-contratual*, p. 79.

fé. Comportamento este capaz de gerar responsabilidade pré-contratual, como já tivemos ocasião de ver anteriormente.

Há assim uma íntima relação entre o instituto de responsabilidade pré-contratual decorrente da violação dos deveres impostos pela boa-fé e o princípio da confiança, havendo mesmo autores, como MENEZES CORDEIRO que consideram, sob a nossa total concordância, que “o princípio da confiança actua como factor de mediação entre o Princípio da Boa-Fé e o instituto da responsabilidade pré-contratual”⁶². Este Autor considera que a responsabilidade pré-contratual é, pois, um dos institutos gerais utilizados pelo legislador para que se possa proteger a confiança gerada pelas partes no período das negociações. No nosso Ordenamento Jurídico, essa protecção é feita através de duas vias: “o ordenamento jurídico estabelece disposições legais específicas que retractam situações típicas em que uma pessoa, por confiar legitimamente num certo estado de coisas, adquire uma vantagem; ou, por outro lado, o ordenamento jurídico consagra disposições gerais”⁶³. Ora, é precisamente nesta última opção que se enquadra o instituto da responsabilidade pré-contratual.

A responsabilização é, desta forma, e no entendimento do Autor, imprescindível para viabilizar o tráfico jurídico negocial. Uma total desprotecção da confiança das partes nas expectativas geradas no âmbito das referidas comunicações interpessoais teria péssimas consequências no processo negocial. Este autor vê esta ordem de protecção de confiança como uma “moldura funcionalmente exigida pela actividade negocial”⁶⁴. Esta ordem de critérios normativos de razoabilidade e de boa-fé que faz moldura à actividade negocial acompanha e infiltra-se no significado das comunicações realizadas pelas partes em negociações, criando a cada passo “deveres de protecção”, como por exemplo deveres de informação, que se fundam na particular relação de confiança entre as partes⁶⁵. Contudo, apesar de a lei estabelecer o dever de adoptar certa conduta, não o faz sem que tenha existido por parte do sujeito uma conduta prévia. Ou seja, para que o Princípio da Boa-Fé submeta alguém ao seu estatuto normativo, é necessário um pressuposto: o facto voluntário do agente⁶⁶.

⁶² SILVA, Eva Sónia Moreira da – *A responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*, p. 46.

⁶³ CORDEIRO, António Menezes - *Tratado...*, pp. 184 e 185. Ver também SILVA, Eva Sónia Moreira da – *A Responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*, p. 46.

⁶⁴ MACHADO, João Baptista – *A cláusula do razoável*, pp. 527 e ss..

⁶⁵ MACHADO, João Baptista – *A cláusula do razoável*, pp. 530 e 531.

⁶⁶ *Idem*, pp. 530 e 576.

Contudo, como é evidente, nem todas as situações em que um sujeito confie numa representação serão dignas de tutela. Assim, tanto BAPTISTA MACHADO como MENEZES CORDEIRO apresentam uma série de pressupostos que devem encontrar-se preenchidos, cumulativamente, para que a confiança seja protegida⁶⁷:

Em primeiro lugar, deve verificar-se uma “situação de confiança”, que se traduz na *boa-fé subjectiva e ética do sujeito*⁶⁸. BAPTISTA MACHADO menciona este pressuposto em último lugar, denominando-o de “boa-fé da parte que confiou”. Considera que a “confiança só merecerá protecção jurídica quando a parte que confiou estiver de boa-fé e tenha agido com o cuidado e precauções usuais no tráfico jurídico”⁶⁹.

Como segundo pressuposto, encontramos o que MENEZES CORDEIRO chama de “justificação para essa confiança”⁷⁰ e BAPTISTA MACHADO de uma “situação objectiva de confiança”⁷¹: para que a confiança seja digna de tutela, tem de radicar em algo objectivo, ou seja, numa conduta da contraparte que desperte confiança e, directa ou indirectamente, deve revelar a intenção do agente se considerar vinculado a determinada atitude no futuro.

Como terceiro pressuposto, ambos os autores apresentam um “investimento de confiança” ou “investimento na confiança”⁷², isto é, exige-se que a pessoa a proteger

⁶⁷ Os pressupostos que MENEZES CORDEIRO apresenta - in CORDEIRO, António Menezes “*Tratado...*”, pp. 186 e 187- aproximam-se bastante dos apresentados por BAPTISTA MACHADO. A diferença é que o primeiro Autor apresenta estes pressupostos como retirados de uma análise aos diversos dispositivos legais e institutos gerais (como a culpa “*in contrahendo*”), que protegem a confiança, apresentando-os como pressupostos gerais da protecção desta. Por sua vez, o segundo Autor parece aplicar os pressupostos que refere à protecção da confiança no caso da proibição do *venire contra factum proprium*, embora se refira atrás também à responsabilidade por culpa *in contrahendo* e compare, até, os dois institutos, partindo da ideia de que em ambos se procura “tutelar a confiança engendrada na interação comunicativa”, ambos representando concretizações do princípio ético jurídico da boa-fé, em sentido objectivo. MACHADO, João Baptista – *Tutela da Confiança e Venire Contra Factum Proprium*, Revista de Legislação e Jurisprudência (RLJ), Ano 117, reproduzido na “Obra dispersa”, I, Braga, 1991, p. 396.

⁶⁸ Ou seja, que ignora lesar posições alheias, sem ter violado os deveres de cuidado que devesse ter tomado no caso), em SILVA, Eva Sónia Moreira da – *A responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*, p. 48.

⁶⁹ O Autor refere-se, em especial, aos casos em que a base da confiança é uma aparência, pelo que os cuidados a ter serão tanto mais exigíveis quanto maior o investimento feito com base na confiança. MACHADO, João Baptista – *Tutela da confiança...*, p. 418.

⁷⁰ A confiança deve ter sido alicerçada em elementos objectivos, razoáveis que, em abstracto, sejam susceptíveis de gerar numa pessoa normal, in: SILVA, Eva Sónia Moreira da – *A responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*, p. 48.

⁷¹ SILVA, Eva Sónia Moreira da – *A Responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*, p. 48.

⁷² Embora BATISTA MACHADO acrescente a este pressuposto a “irreversibilidade desse investimento”, no sentido de que o dano provocado pela conduta violadora da confiança não pudesse ser removido satisfatoriamente senão através desta tutela que, assim, é vista como último recurso (MACHADO, João Baptista – *Tutela da confiança...*, p. 417), cremos que se refere à aplicação da protecção da confiança através da proibição do “*venire contra factum proprium*”. Na verdade, ao distinguir nas páginas anteriores as figuras da “culpa *in contrahendo*” e da proibição do “*venire contra factum proprium*”, acrescenta que este pressuposto apenas para este segundo instituto. *Ibidem*, p. 406.

tenha efectivamente agido, investido em actividades jurídicas com base na confiança, não podendo a sua conduta ser desfeita sem prejuízos inadmissíveis. BATISTA MACHADO refere, igualmente, que deve existir uma “relação de causalidade entre a confiança e o investimento”⁷³: a pessoa a proteger organizou a sua vida, tomou as decisões que a afectam e verá surgir danos se a sua confiança for defraudada.

Como quarto e último pressuposto, MENEZES CORDEIRO⁷⁴, apresenta a “imputação da situação de confiança criada à pessoa que vai ser atingida pela protecção concedida àquela que confiou”. BATISTA MACHADO chama este pressuposto de “*imputação pessoal da situação de confiança*”. No entanto, enquanto que para MENEZES CORDEIRO, no momento em que se protege alguém é necessário que este outrem seja responsável pela situação de confiança criada; para BATISTA MACHADO, não basta a simples causalidade. É necessário que haja vontade humana expressa por uma conduta activa ou passiva para que se possa imputar ao agente tal processo causal⁷⁵, embora tal não signifique que esta conduta geradora de confiança na pessoa a proteger tenha de ser necessariamente culposa. Apenas se exige que o responsável estivesse em condições de agir de outra maneira, impedindo que a confiança viesse a nascer, usando do cuidado normal; que devesse e pudesse conhecer que, ao adoptar a conduta geradora da confiança, se teria de conformar, no futuro, com a adopção de uma conduta que fosse coerente como a primeira.

Na verdade, BAPTISTA MACHADO entende que “não é a conduta geradora da confiança que é ilícita. O que é ilícito é a conduta que se lhe segue, em desconformidade com a confiança gerada”⁷⁶. A primeira conduta é um mero pressuposto de facto para que se constitua o contexto em que a segunda conduta poderá ser valorada como ilícita por violar a boa-fé⁷⁷. Por isso, apenas se exige “uma espécie de culpa do agente perante si próprio”, ou seja, o agente conduziu-se conscientemente, devendo prever, se usasse do cuidado normal, que a sua conduta o poderia vincular de futuro aos ditames da boa-fé⁷⁸.

⁷³ SILVA, Eva Sónia Moreira da – *A responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*, pp 48 e 49.

⁷⁴ *Idem*, p. 49.

⁷⁵ Segundo este Autor, ao criar uma particular situação de risco, para os interesses de outrem, o agente, em princípio deve responder por esse risco, desde que, de algum modo, o risco esteja dependente da sua vontade. A sua vontade não pode ser excluída por uma força invencível in MACHADO, João Baptista – *Tutela da confiança...*, p. 414.

⁷⁶ E que o Autor descreve como a “tentativa de escapar à vinculação ou auto vinculação, ligada àquela primeira conduta”. MACHADO, João Baptista – *Tutela da confiança...*, p. 415.

⁷⁷ *Idem*, p. 379.

⁷⁸ *Idem*, p. 415.

Com efeito, a constituição em responsabilidade pode surgir de duas formas distintas: pela violação culposa de um dever emergente da boa-fé na fase da conclusão do contrato ou resultar de uma conduta ilícita e culposa, havida durante a fase negociatória.

A este respeito, o Supremo Tribunal de Justiça português (doravante designado de STJ) determinou que a responsabilidade “*in contrahendo*” supõe a cumulativa verificação dos seguintes requisitos, que no fundo, são comuns aos requisitos da responsabilidade civil, a saber: um *facto voluntário*, positivo ou omissivo do agente, a *ilicitude* desse acto, a *culpa* do agente e a verificação de um *dano* causalmente ligado ao acto⁷⁹.

DÁRIO MOURA VICENTE⁸⁰, afirma que, no que respeita ao primeiro daqueles pressupostos, é necessário apurar se existe um dever jurídico de actuação pelo agente e de ele foi violado sem justificação. Falamos aqui, nomeadamente dos deveres de actuação impostos pela boa-fé quer nos preliminares, quer na formação dos contratos, bem como os seus pressupostos e limites. Entre estes, devemos, pela ordem de razão do presente trabalho, destacar a importância do cumprimento dos deveres de informação.

Apoiando-se nas considerações tecidas pelo STJ, o Autor⁸¹ afirma que o rompimento das negociações é havido como ilícito nas seguintes hipóteses:

- a) Quando uma das partes fizer malograr intencionalmente as negociações que, no decorrer normal das negociações, iriam conduzir a um resultado positivo, nomeadamente, fazendo exigências destituídas de justificação ou impondo condições, que obriguem a contraparte a desistir do negócio;
- b) Quando uma das partes crie na outra uma convicção razoável de que irá contratar com ela e, sem prévio aviso, rompe, as negociações verbais encetadas, de forma arbitrária e culposa;
- c) Quando o rompimento das negociações possa ser configurado como um abuso do direito de não contratar.

Pelo contrário, se parte advertir tempestivamente de que a celebração do contrato constitui uma mera eventualidade e, no caso de verificar a sua impossibilidade de celebração, der por findas as negociações pré-contratuais.

⁷⁹ PRATA, Ana – *Notas sobre responsabilidade pré-contratual*, p. 24.

⁸⁰ VICENTE, Dário Moura – *A culpa na formação dos contratos em Angola e Portugal*, Conferência proferida em 11 de Setembro de 2010 na Universidade Eduardo dos Santos”, Huambo, Angola, p. 6.

⁸¹ *Idem*, p. 8.

No que se refere à culpa, o Autor⁸² refere que a sua apreciação na fase de formação dos contratos, se deve fazer nos termos aplicáveis à responsabilidade civil em geral e portanto, tal como nos refere o artigo 487.º, n.º2 do CC, na falta de outro critério legal, pela diligência de um bom pai de família, tendo em conta, claro as circunstâncias de cada caso.

Quanto ao dano, o mesmo Autor, bem como a corrente maioritária da doutrina, entende que, a obrigação de indemnizar consagrada no artigo 227.º do CC visa essencialmente o ressarcimento do interesse negativo ou de confiança, incluindo-se tanto o dano emergente como o lucro cessante. Em regra, haverá lugar a uma indemnização por equivalente.

Finalmente é necessário um nexo de causalidade entre os danos sofridos “*in contrahendo*” e o acto gerador da lesão.

Mais adiante, aquando do tratamento do problema da indemnização e do seu *quantum*, abordaremos cada um destes pressupostos de forma mais pormenorizada.

1.3. A natureza jurídica

Apesar da diversidade de regimes da responsabilidades contratual e da responsabilidade extracontratual ter uma medida reduzida, é necessário saber onde se subsume a responsabilidade pré-contratual: se no quadro legal de uma responsabilidade contratual ou obrigacional, se no quadro legal de uma responsabilidade extracontratual ou delitual.

Nas palavras de ANA PRATA⁸³, o primeiro problema a resolver será o de identificar o critério a adoptar para realizar o enquadramento desta responsabilidade. Este critério terá de ser o da lei quando desta se puder colher elementos susceptíveis de fundar uma resposta ao problema. Ora, tal não se verifica no nosso ordenamento jurídico, uma vez que o único argumento retirável do n.º 2 do artigo 227.º é bastante enganoso e até, digamos, confuso. Ao interpretarmos esta norma, tanto podemos retirar que a lei configura a responsabilidade contratual como extracontratual. De facto, ela determina que seja aplicável o mesmo prazo prescricional à obrigação de indemnizar, tão bem como pode defender-se com base nela, que a lei, supõe que a responsabilidade pré-contratual é

⁸² *Ibidem*.

⁸³ PRATA, Ana – *Notas sobre responsabilidade pré-contratual*, pp. 203 e ss..

obrigacional, mas a verdade é que considera mais adequado que se aplique o prazo de prescrição resultante do artigo 498.º do CC, acabando por aplicar aqui o instituto da responsabilidade extracontratual.

Fácil é de concluir que não podemos partir, portanto da letra da nossa lei para podermos responder ao problema da natureza da responsabilidade pré-contratual. Vamos por isso, ver de seguida, o que nos diz a doutrina portuguesa sobre a questão.

1.3.1. A tese contratualista e a tese extracontratualista

Também na doutrina não encontramos uma posição unânime. Há autores que consideram que a responsabilidade pré-contratual tem uma natureza contratual e outros que consideram que ela reveste uma natureza extracontratual.

Do lado contratualista, encontramos, em Portugal, autores como MENEZES CORDEIRO, ANTUNES VARELA, VAZ SERRA E GALVÃO TELLES.

O primeiro dos autores referenciados, considera que “*a culpa in contrahendo* se trata de uma responsabilidade obrigacional, por violação de deveres específicos de comportamento, baseados na boa-fé. Como fundamento, aponta o artigo 227.º, n.º 1, chamando a atenção, para o facto de se aplicar a relações determinadas, estabelecendo-se deveres de protecção, de lealdade e de informação. Existe um dever específico de cumprimento”⁸⁴. Assim, a sua violação só poderá ser uma natureza obrigacional.

Por sua vez, também ANTUNES VARELA defende a mesma posição. Entende este Autor que “apesar de não existir ainda um vínculo contratual entre aqueles que negociam, a relação que existe entre eles está, na verdade, muito mais próxima de uma relação contratual do que da relação que existe entre o titular do direito absoluto e o autor da sua violação ilícita”⁸⁵.

Por sua vez, também VAZ SERRA entendia que se deviam aplicar, em princípio, as normas de responsabilidade contratual precisamente porque “haveria uma relação obrigacional sancionada pela ordem jurídica através da responsabilidade contratual,

⁸⁴ CORDEIRO, António Menezes – *Tratado do Direito Civil Português*, Parte Geral, Tomo I, Coimbra, Almedina, 1999, pp. 345 e 346. Ver também SILVA, Eva Sónia Moreira da – *A Responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*, p. 55.

⁸⁵ VARELA, João Matos Antunes- *Das obrigações em geral*, pp. 271 e 272 in: SILVA, Eva Sónia Moreira da – *A responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*, p. 56.

pois esta é emergente não só do não cumprimento dos contractos como também da violação de qualquer outra obrigação preexistente entre as partes, devendo em rigor, chamar-se á responsabilidade contratual, responsabilidade obrigacional”⁸⁶.

No mesmo sentido, GALVÃO TELLES entende que o regime a aplicar é o da responsabilidade obrigacional, “pois apesar de não encontrarmos na sua génese um contrato propriamente dito, não é necessário que todas as obrigações nasçam de um. É o que acontece com esta que deriva da lei”⁸⁷.

Em sentido diverso, encontramos do lado extracontratual ou delitual, ALMEIDA COSTA, HEINRICH HÖRSTER E MOTA PINTO.

ALMEIDA COSTA defende que “a opção pela qualificação da responsabilidade pré-contratual se deve basear não apenas em considerações conceituais, mas em considerações práticas de tal facto, sobretudo, na sujeição ao regime de uma ou de outra responsabilidade, considerando as suas diferenças⁸⁸. Embora a distinção dos regimes não releve em pontos essenciais, o certo é que algumas normas do regime da responsabilidade pré-contratual acabam por conceder ao credor da indemnização, uma protecção mais eficaz”⁸⁹. Não obstante, o autor considera que este regime não é o mais adequado para reger a responsabilidade pré-contratual, nomeadamente a que resulta da ruptura das negociações. Ao lermos EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, podemos perceber que o Autor entende que, no que respeita “à culpa in contrahendo, a existência de presunção da culpa não será adequada; que será justa a responsabilidade solidária, em caso de haver mais do que um responsável pela ruptura; que será oportuno que o Tribunal possa graduar equitativamente a indemnização, fixando-a num montante inferior ao dos danos, nos termos do artigo 494.”⁹⁰. Quanto ao prazo de prescrição de três anos, diz-nos e com razão, que é a lei, no seu artigo 227.º n.º2 do CC parece propender para uma solução extracontratualista. O mesmo se passa quanto ao regime de responsabilidade pelos actos de outrem que

⁸⁶ SERRA, Vaz, - *Culpa do devedor ou do agente*, BMJ n.º 8 (19579, pp. 130 e 131, in: SILVA, Eva Sónia Moreira da – *A Responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*, p. 49.

⁸⁷ TELLES. INOCÊNCIO GALVÃO, *Direito das Obrigações* cit., página 74 e 75. Ver também EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *A Responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação* ...,p. 59.

⁸⁸ COSTA, Mário Júlio Almeida – *A responsabilidade pré-contratual pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*, RJL, ano 116.º (1983/1884), n.º 3713, p. 255. Ver também SILVA, Eva Sónia Moreira da – *A responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*, p. 56.

⁸⁹ SILVA, Eva Sónia Moreira da – *A responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*, p. 56.

⁹⁰ Cit in: *Idem*, p. 58.

se utilize para negociar, no artigo 500.º. Assim sendo, não há dúvidas que ALMEIDA COSTA, diferentemente dos autores acima expostos, se inclina para o lado extracontratual.

No mesmo sentido, encontramos HEINRICH HÖRSTER, que defende que a responsabilidade pré-contratual deve ser considerada como extracontratual (quando muito quase contratual), “uma vez que ela se abstrai por completo da eventual formação do contrato que está a ser negociado. Entender que dela pudesse nascer uma obrigação contratual seria o reconhecimento de algo semelhante a uma relação contratual de facto, nascida do mero comportamento das partes no decorrer das negociações, o que não seria sustentável à luz do Código Civil”⁹¹.

Por sua vez, MOTA PINTO⁹², não concordando com nenhuma das posições acima expostas, considerava estarmos perante uma obrigação em sentido técnico, resultante directamente da lei, uma obrigação “*ex lege*”⁹³. Para o Autor, “cada um dos sujeitos estaria ligado ao outro, não por um vínculo semelhante ao que liga o titular de um direito absoluto a qualquer estranho que interfira na sua esfera jurídica, mas por uma relação jurídica especial”. Como justificação, defendia que “as partes se encontravam já em negociações e portanto, já tinham deixado o mundo dos deveres gerais humanos (ou das obrigações passivas universais) para entrar no mundo dos direitos relativos”⁹⁴.

1.3.2. Uma terceira via no direito da responsabilidade civil

SINDE MONTEIRO considera que a “*culpa in contrahendo*” se situa num domínio de fronteira entre o contrato e o delito, o que permite a aplicação das normas de qualquer um destes sectores⁹⁵.

Já ALMEIDA COSTA diz que “tanto as posições que defendem a “*culpa in contrahendo*” é um “*tertium genus*”, como as posições ecléticas ou dualistas que

⁹¹ *Idem*, p. 55.

⁹² *Idem*, p. 57.

⁹³ PINTO, Carlos Alberto da Mota – *A responsabilidade pré-negocial*, pp. 150 e 151.

⁹⁴ SILVA, Eva Sónia Moreira da – *A responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*, p. 57.

⁹⁵ *Idem*, p. 60.

defendem que esta teria ora natureza contratual ora extracontratual, conforme os factos que lhe dessem existência, não terão conseguido suficiente difusão”⁹⁶.

BAPTISTA MACHADO, na verdade, diz-nos que nos situamos num *estrato normativo intercalar*, onde não existem obrigações primárias de prestação. Para este Autor, a entrada em certo tipo de relação não origina uma obrigação, pois é apenas o pressuposto de facto que sujeita o individuo a tal *estatuto normativo*. O efeito jurídico de entrarmos em negociações é “*sui generis*”, ou seja, “sujeita o agente a uma espécie de “estatuto relacional”, um estatuto que o onera com deveres de conduta cuja inobservância culposa origina uma verdadeira obrigação: a obrigação de indemnizar em caso de dano. O seu efeito é então a sujeição a uma espécie de “estatuto deveral”, a um dever de conduta conforme à razoabilidade e à boa-fé. Este facto não é, então, constitutivo de uma obrigação. Só a violação culposa dos deveres nascidos do Princípio da Boa-Fé, capazes de causar dano, fazem nascer a obrigação”⁹⁷.

No mesmo sentido, surge MENEZES LEITÃO⁹⁸, também ele defensor da ideia de que os deveres pré-contratuais não possuem uma tutela primária, sendo tão-só deveres que surgem no âmbito de ligações específicas entre as partes e que estão para além do mero dever geral de respeito (correspectivo dos direitos absolutos).

Não é fácil inserirmos este instituto da responsabilidade pré-contratual numa das vias contratual ou extracontratual. Fazendo uma análise a todos os argumentos expostos, que vão desde uma tese contratualista, passando por uma tese extracontratualista até uma terceira via, parece-nos que esta última é a mais aceitável.

Ora, no nosso entendimento, apesar de ainda não existir qualquer contrato e tendo apenas o artigo 227.º como linha de orientação que lhes impõe o dever de agir de boa-fé durante as negociações, a verdade é que a relação que existe entre eles está, efectivamente, muito mais próxima de uma relação contratual do que da relação que existe entre o titular do direito absoluto e o autor da sua violação ilícita. Existe, pois, aqui uma relação obrigacional decorrente da lei que obriga os contraentes a agir de acordo com o Princípio da Boa-Fé. Por outro lado, entendo tal como CARNEIRO DA

⁹⁶ *Idem*, p. 56.

⁹⁷ MACHADO, João Baptista – *Tutela da confiança...*, página 575 in: EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *A responsabilidade...*, pp. 61 e 62.

⁹⁸ Cit in: SILVA, Eva Sónia Moreira da – *A responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*, pp. 62 e 63.

FRADA⁹⁹ não estarmos perante uma obrigação em sentido estrito, nos termos do artigo 397.º do CC. Aqui, a obrigação só nasce se estivermos perante uma violação culposa dos deveres nascidos da boa-fé, capazes de causar dano.

Não se trata, de facto, de uma questão pacífica. Entende-se que a responsabilidade pré-contratual, por não determinar desde logo a aplicação do regime próprio do contrato visado mas poder integrar obrigações resultantes das próprias negociações e portanto já de natureza negocial e não simplesmente derivadas de um dever de conduta genérico, constitui um instituto de *regime híbrido*, situado a meio caminho entre aqueles, como referiu por exemplo o Acórdão deste Supremo de 4 de Abril de 2006.

Entendemos que se no decurso das negociações forem desde logo alcançados acordos de natureza contratual, embora não formalizados, justifica-se a aplicação do regime da responsabilidade contratual, nomeadamente no que à presunção de culpa se refere, até porque o artigo 227.º tem mesmo sob epígrafe “culpa na formação dos contratos”, devendo proceder conforme a boa-fé quer nos “preliminares” quer na “formação” do próprio contrato. Pelo contrário, nas hipóteses em que não se tenha chegado a tais acordos, justifica-se a aplicação do regime da responsabilidade extracontratual. No entanto, o n.º 2 do artigo 227.º, consagrou para este tipo de responsabilidade a prescrição nos termos do disposto no art.º 498º do CC, sendo somente neste ponto que consideramos que este instituto tem algo de extracontratual. Efectivamente, “a fixação da prescrição nesses termos, para além de se justificar perante a complexidade e carácter duvidoso da situação, que conduz à necessidade de uma mais rápida definição da situação jurídica, encontra-se desacompanhada de qualquer outra regulamentação do instituto, o que origina que se conclua que o legislador pretendeu a sua regulamentação de acordo com a interpretação feita com base nos princípios gerais do Direito e os plasmados no supra citado artigo 227.º”¹⁰⁰.

A este respeito, cabe referir que acreditamos que não se podem dar aqui posições definitivas. Ora, como vimos, o facto gerador de uma situação de responsabilidade pré-contratual não é a mera ruptura das negociações, mas sim o romper ilegítimo das mesmas, ou seja, é a circunstância de se terem criado expectativas legítimas na contraparte na celebração de um contrato que não chega a ser celebrado em virtude de

⁹⁹ Cit in: SILVA, Eva Sónia Moreira da – *A responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*, p. 63.

¹⁰⁰ Em Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, n.º 44/07.1TBGDL.E1.S1, de 16/12/2010, disponível em www.dgsi.pt.

uma conduta dolosa da contraparte. Nessa medida, é sabido que o lesante exerce um direito que lhe é concedido pelo princípio da liberdade contratual, a liberdade de não celebrar o contrato caso não o pretenda. Porém, o que não pode, de forma alguma é frustrar as expectativas da contraparte, ao já não realizar um negócio que inicialmente se tinha comprometido. Deverá aqui o agente em incumprimento ter de ser responsabilizado pela circunstância de se ter criado uma expectativa e uma confiança justificada na futura celebração do contrato. Nesta situação, acreditamos que a responsabilidade pré-contratual tenha mais peso do lado extracontratual do que o contratual. Porém, tudo depende do caso em concreto. No caso em particular e face à singularidade dos casos de ruptura ilegítima de negociações, parece-nos mais adequada a aplicação das regras da responsabilidade extracontratual, nos termos dos artigos 227.º e 334.º do CC. Concordamos ainda com a posição adoptada por SINDE MONTEIRO e ALMEIDA COSTA, ao defenderem a aplicação do artigo 487.º CC¹⁰¹. Para estes Autores, a responsabilidade pré-contratual encontra-se mais próxima da responsabilidade aquiliana por considerarem que será mais justo ser o lesado a provar a culpa do autor da ruptural. Porém, em caso da celebração de um contrato válido e eficaz, mas que é desvantajoso para uma das partes, isto é, no caso de estarmos, por exemplo, perante uma hipótese de violação de um dever de esclarecimento, aqui já será mais adequada a aplicação do regime contratual¹⁰².

Abonamos a ideia de que só uma “terceira via” pode abarcar as diversas situações que a responsabilidade pré-contratual pode englobar, por forma a aproveitar o que de mais vantajoso há nos dois institutos. Admito, no entanto, e como já referido que, no caso em particular de ruptura abusiva das negociações, existe uma maior aproximação à responsabilidade extracontratual.

1.4. O princípio da boa-fé

No Direito Português, a base de todo o relacionamento pré-contratual centra-se neste princípio, enquanto princípio geral de Direito, no seu sentido objectivo. A boa-

¹⁰¹ COSTA, Mário Júlio Almeida – *Responsabilidade civil...*; ob. cit.; pp. 92 e 93 e MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde – *Culpa in Contrahendo*, p. 14.

¹⁰² SILVA, Eva Sónia Moreira da – *A responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*, p. 64, nota (153).

fé é assim entendida como princípio norteador da conduta das partes, um padrão objectivo de comportamento”¹⁰³ e, portanto, como uma regra de conduta^{104/105}.

No que ao nosso ordenamento jurídico diz respeito, algumas previsões legais estabelecem um dever específico de comportamento segundo a boa-fé, sem uma integração de institutos complexos de que ela seja apenas um elemento. Assim sucede com o número 1 do artigo 227.º do CC – *culpa na formação dos contratos* – e com o n.º 2 do artigo 792.º - cumprimento da obrigação e exercício do direito correspondente. Assim se justifica a autonomização de uma rubrica consagrada à boa-fé como regra de conduta. O primeiro dos artigos referidos representa a recepção no Direito Português do instituto chamado por tradição de “*culpa in contrahendo*”¹⁰⁶.

O artigo 227.º do Código Civil submeteu, em termos muito extensos, as partes que negociam a formação de um contrato, à boa-fé («as partes devem tanto nos preliminares como na formação do contrato, proceder segundo as regras da boa-fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causem à outra parte») ¹⁰⁷.

Na senda do artigo 227.º do CC, a boa-fé surge como um padrão de comportamento que impõe a adopção de condutas leais e honestas, de forma a evitar possíveis conflitos, com vista quer à protecção das expectativas e da confiança, quer à salvaguarda da parte economicamente mais fraca¹⁰⁸. Configura-se, portanto, como responsável, aquele que, por acção ou omissão, frustra o contrato a ser realizado, seja pela quebra dos deveres de lealdade, probidade, seja pela não realização do dever de informação por um dos contraentes. Na verdade, este artigo não enuncia os deveres específicos que impendem sobre as partes, antes se limita a recorrer à clausula-geral

¹⁰³ ALARCÃO, Rui de - *Direito das Obrigações*, policop., Coimbra, 1983, p. 108.

¹⁰⁴ COSTA, Mário Júlio Almeida – *Direito das Obrigações*, 8.ª edição, Coimbra, Almedina, 2000, p. 270.

¹⁰⁵ O artigo 227.º consagra a boa-fé como regra de conduta, boa-fé objectiva, enquanto regra impositiva (quando a conduta humana deva obedecer às suas determinações), CORDEIRO, António Menezes - *Direito das Obrigações*, vol. I, Lisboa, AAFDL, 1990, pp.134 e 135. O conceito de boa-fé deste autor é unitário, visto que considera que a boa-fé objectiva mais não será que a projecção da boa-fé objectiva, enquanto regra de conduta, na situação jurídica das pessoas. António Menezes - *Direito das Obrigações*, vol. I, Lisboa, AAFDL, 1990, pp.137 e ss. Sobre as consagrações objectiva e subjectiva (tanto em sentido puramente psicológico como em sentido ético) da boa-fé, veja-se também do mesmo autor, CORDEIRO, António Menezes, *Tratado...*, p. 180 e ss..

¹⁰⁶ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes – *Da Boa-Fé no Direito Civil*, Volume I, Almedina, pp. 527 e 528.

¹⁰⁷ *Idem*, p. 574.

¹⁰⁸ PRATA, Frederico Afonso Cavaleiro - *Responsabilidade...*, p. 34

de boa-fé, uma vez que é muito difícil tipificar normativamente as inúmeras situações pré-contratuais possíveis de suscitar responsabilidade “*in contrahendo*”¹⁰⁹.

Neste contexto, a boa-fé engendra uma norma jurídica completa, o que implica que as partes devam adoptar um comportamento leal em toda a fase prévia à constituição de tais relações. Neste sentido, este princípio pode, na formação contratual, refletir tanto uma regra genérica, como pode, igualmente, desdobrar-se em várias regras específicas. Referimo-nos, em particular, ao dever de informar a contraparte sobre todos os assuntos que relevem na formação do negócio, por forma a que se consiga chegar ao produto final, a celebração do contrato (sem posteriores surpresas por parte de um dos contraentes, derivadas de uma falta de informação ou informação deficiente da outra parte); ao dever de manter em sigilo as conversações – semelhantemente ao dever de sigilo profissional dos advogados e ao dever de avisar prontamente a contraparte quando o negócio perder interesse¹¹⁰.

Como afirma ALMEIDA COSTA¹¹¹, “não basta aos contraentes uma atitude negativa, um “*non facere*”, dirigido a impedir toda a lesão na esfera jurídica de outrem. Exige-lhes, igualmente, uma colaboração activa no sentido da satisfação das expectativas alheias que exige o conhecimento real da situação que constitui objecto das negociações”¹¹².

Não obstante o supra exposto, apesar de parecer útil a existência de uma regra genérica na qual o juiz se pode valer, a verdade é esta generalidade, pode fazer surgir várias dificuldades. Ora, a imprecisão que é característica do Princípio da Boa-Fé, espelhado num conceito elástico e até indeterminado, pode dificultar a decisão do juiz. Sendo a boa-fé um princípio dotado de um tal elevado grau de abstracção, como devemos obedecer a uma regra tão imprecisa?

Para que se possa contornar esta imprecisão é necessário, como diz ANA PRATA¹¹³, determina-la muitas vezes em face do caso concreto.

¹⁰⁹ PRATA, Ana – *Notas sobre responsabilidade pré-contratual*, p. 37.

¹¹⁰ AZEVEDO, António Junqueira de – Relatório brasileiro sobre a boa-fé na formação dos contratos para as “Journées Louisianaises” de 1992, da Association Henri Capitant.

¹¹¹ SILVA, Eva Sónia Moreira da – *A responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*, pp. 39 e ss..

¹¹² COSTA, Mário Júlio Almeida – *Direito das Obrigações*, 8.ª edição, Coimbra, Almedina, 2000, pp. 39 e 40.

¹¹³ PRATA, Ana – *Notas sobre responsabilidade pré-contratual*, p. 38.

ANA PRATA¹¹⁴ defende que é, de facto, ao aplicador do direito, *máxime* ao tribunal, que cabe extrair do Princípio da Boa-Fé as suas consequências obrigacionais na concreta relação em apreço. Porém, tal não significa que àquele seja necessariamente atribuída discricionariedade na concreta determinação do conteúdo daquela regra. A única forma de interpretarmos o conteúdo obrigacional do Princípio da Boa-Fé é “através de uma interpretação complexiva do ordenamento jurídico e, em primeiro lugar, do ordenamento constitucional, no qual é valor fundamental a tutela da pessoa humana e das suas liberdades, exprimindo a boa-fé, quando referida às partes da relação contratual, uma concreta exigência de solidariedade que pode indicar-se como solidariedade contratual”¹¹⁵. Tal tem também como consequência a circunstância de a boa-fé objectiva não poder ser conceitualmente concebida como um puro limite negativo da autonomia privada. Isto é, não pode apenas proibir os sujeitos de determinadas condutas, é importante que se compreenda que ela deve comportar igualmente um conteúdo positivo, impositivo de comportamentos de colaboração, de cooperação e de solidariedade intersubjectivas.

EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA¹¹⁶ ajuda-nos a concretizar este princípio, dizendo-nos que a “concretização do Princípio da Boa-Fé deverá, tal como defende LARENZ, respeitar alguns factores de orientação, valorações adicionais, como por exemplo, os usos do tráfico”¹¹⁷. Também ALMEIDA COSTA¹¹⁸ é do mesmo entendimento, dizendo que “o conteúdo das cláusulas gerais deve ser objectivado pela vivência social, a finalidade intentada com a sua consagração e utilização e a estrutura da hipótese em causa”. O importante é encontrar dentro destes parâmetros uma normatividade exterior ao juiz que afaste a insegurança jurídica e o arbítrio do subjectivismo jurisprudencial.

Por sua vez, RUI ALARCÃO, inspirando-se na formulação de LARENZ caracteriza a boa-fé como o princípio segundo o qual “todos devem guardar “fidelidade” à palavra dada e não frustrar ou abusar daquela confiança que constitui a base imprescindível das

¹¹⁴ *Idem*, pp. 38 e 39.

¹¹⁵ *Idem*, p. 39.

¹¹⁶ SILVA, Eva Sónia Moreira da – *A responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*, pp. 40 e ss..

¹¹⁷ LARENZ, Karl – *Derecho justo- Fundamentos de ética jurídica* (trad. Luis Díez-Picazo), Madrid, Editorial Civitas, 1985, p. 97.

¹¹⁸ SILVA, Eva Sónia Moreira da – *A responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*, p. 41.

relações humanas”¹¹⁹. O Princípio da Boa-Fé é efectivamente um princípio que, por ser demasiado amplo e por ter um conteúdo tão indeterminado, necessita de uma certa concretização. Neste sentido, recorrer à ideia de confiança a que as partes depositaram justificadamente no comportamento leal da outra é uma forma de ajudar a densificar a vaguidade de que o Princípio da Boa-Fé pode sofrer.

De entre os inúmeros deveres decorrentes daquele princípio, dar-se-á especial atenção ao *dever de lealdade* por se entender ser neste ponto que se concentra todo o problema da responsabilidade pré-contratual: o do rompimento abusivo das negociações.

1.4.1. Deveres acessórios de informação e de esclarecimento

Vamos assim tentar desvendar como é que se desencadeia, antes da realização de um negócio jurídico, uma responsabilidade por violação dos deveres da boa-fé. E, porque a boa-fé é um conceito bastante amplo, que consta de uma norma geral, como já tivemos oportunidade de estudar, vamos tentar compreender em concreto como é que a violação dos deveres de informação pode acarretar uma possível violação dos deveres da boa-fé.

Antes de mais, cumpre destacar a ideia de que o conteúdo do dever de esclarecimento difere, em muito, do dever de informação: enquanto o primeiro emerge de um cumprimento espontâneo por parte do devedor, o segundo surge depois de o credor da informação colocar as questões. Não obstante, ambos tem um ponto comum: estamos perante uma situação em que se procura o conhecimento de uma dada informação relativa ao negócio em discussão¹²⁰.

Os deveres acessórios de esclarecimento obrigam as partes a, na vigência do contrato que as une, informarem-se mutuamente de todos os aspectos atinentes ao vínculo, de ocorrências que, com ele, tenham certa relação e, ainda, de todos os efeitos que, da excepção contratual, possam advir¹²¹.

¹¹⁹ ALARCÃO, Rui de - *Direito das Obrigações*, policop., Coimbra, 1983, p. 110. Ver também SILVA, Eva Sónia Moreira da - *A responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*, p. 45.

¹²⁰ PRATA, Frederico Afonso Cavaleiro, *Responsabilidade...*, p. 39.

¹²¹ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes - *Da Boa-Fé no Direito Civil*, Volume I, Almedina, p. 605.

Também MOTA PINTO destaca um ponto importante: “no âmbito das negociações pré-contratuais há um dever de declaração, que por sua vez, se divide na obrigação de informar e na obrigação de verdade”¹²².

Os deveres de informação adstringem as partes à prestação de todos os esclarecimentos necessários à conclusão honesta de um contrato. Estes poderão ser violados tanto por acção como por omissão, isto é, tanto por indicações inexactas como pelo silêncio face a elementos que a contraparte tinha interesse objectivo em conhecer. Neste entendimento, o dolo negocial – 253.º n.º1 do CC – origina a violação dos deveres de informação, contudo, não a esgota: pode haver violação que, não justificando a anulação do contrato por dolo, constitua no entanto, violação culposa do cuidado exigível e, por isso, obrigue a indemnizar por “*culpa in contrahendo*”¹²³.

ANA PRATA explica que o dever de informação é, para este Autor, uma obrigação de prestação de facto positivo porque comporta a obrigação para a contraparte de informar a outra com exactidão sobre os factos essenciais para a determinação da sua vontade. Por sua vez, o dever de verdade é uma obrigação de “*prestação de facto negativo*”, uma vez que a contraparte deve omitir a comunicação de informações inexactas sobre factos essenciais¹²⁴.

Efectivamente, não faz sentido existir um dever de informação se não existir um dever de informar com verdade. O Princípio da Boa-Fé obriga a isso mesmo. “Se existe uma troca de informações na fase das negociações contratuais, os contraentes devem poder confiar na sua veracidade”¹²⁵. O dever de lealdade que se exige aos contraentes obriga a isso mesmo e, portanto, havendo um dever de informação, haverá sempre um dever de verdade.

Se um dos futuros contraentes está obrigado a informar o outro de determinado facto, necessariamente terá de o fazer com exatidão e verdade, sob pena de descaracterizar

¹²² SILVA, Eva Sónia Moreira da – *A responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*, p. 71.

¹²³ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes – *Da Boa-Fé no Direito Civil*, Volume I, Almedina, p. 583.

¹²⁴ PINTO, Carlos Alberto da Mota – *A responsabilidade pré-negocial*, pp. 150 e 151 in: SILVA, Eva Sónia Moreira da – *A Responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*, p. 71.

¹²⁵ GRIGOLEIT diz-nos que, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal alemão (BGH), resulta da relação obrigacional pré-contratual um dever de verdade (quase) irrestrito e que, em princípio, toda a informação falsa constitui uma violação de deveres pré-contratuais. HANS-CHRISTOPH GRIGOLEIT, – *Vorvertragliche Informationshaftung: -Vorsatzdogma, Rechtsfolgen, Schranken*, Munchen, C.H. Beck, 1997, p. 6 in: SILVA, Eva Sónia Moreira da – *A responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*, p. 73.

o dever de informação. Pode deste modo, dizer-se que o dever de informação implica o dever de verdade, tão bem como podemos afirmar que ele implica o dever de clareza e precisão, já anteriormente abordados.

EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA diz-nos¹²⁶ que a informação deve ser sempre prestada com verdade e, ao ser assim prestada é considerada por conta e risco de quem a prestou, logo aquele que o fez de forma inexacta, ainda que apenas negligentemente, terá de ser responsabilizado pré-contratualmente, caso claro, os restantes pressupostos da responsabilidade pré-contratual se encontrem preenchidos. Por outro lado, se o futuro contraente presta uma informação errada e tem disso consciência, estaremos já no âmbito do dolo, um comportamento caracteristicamente desleal na fase das negociações e que implica, à partida, responsabilidade pré-contratual.

A Autora¹²⁷ esclarece que este dever só existirá se a contraparte puder legitimamente esperar a informação pré-contratual por esta ser conforme à boa-fé e às concepções dominantes do comércio jurídico. Em princípio não existirá um dever pré-contratual geral de informação. Ele só existirá relativamente a determinados elementos e dentro de determinadas circunstâncias, nomeadamente quando a boa-fé o impuser. Parece-nos que esta posição vai de encontro com o espírito da lei portuguesa e à sua coerência interna, como sistema jurídico. Pelo contrário, “a não revelação de uma informação não é sempre ilícita ou desleal pois, em princípio, cada contraente deve cuidar, ele próprio, das informações relevantes para o contrato ”¹²⁸.

Por exemplo: se um vendedor tem conhecimento de que o produto que está prestes a vender ao comprador é vendido por um preço inferior por outro comerciante, na opinião de EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, a qual nós subscrevemos inteiramente, a parte- portanto o vendedor- não tem aqui o dever-geral de informar, pois se o fizesse só se estaria a prejudicar a si mesmo em benefício do outro comerciante, quando não tinha qualquer obrigação de o fazer. “Um senso comum não mais do que elementar”¹²⁹ permite-nos entender que não é isto que o dever da boa-fé pretende impor às partes. Quando defendemos que existe a obrigação de impedir que a outra

¹²⁶ SILVA, Eva Sónia Moreira da – *A responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*, p. 72.

¹²⁷ *Idem*, p. 79.

¹²⁸ LARENZ, Karl/ WOLF, Manfred – “Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts”, p. 611 in: SILVA, Eva Sónia Moreira da – *A responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*, p. 79 e nota (184).

¹²⁹ PRATA, Ana – *Notas sobre responsabilidade pré-contratual*, p. 4.

parte sofra danos em consequência da falta de colaboração, que esta podia legitimamente esperar da contraparte, estamos a referir-nos por exemplo à seguinte situação: uma determinada sociedade pretende adquirir outra e para tal contrata uma consultora para que esta lhe preste informações sobre a empresa-alvo. Ora, esta consultora tem o dever de prestar todas as informações que tenha tido conhecimento pelo fruto do seu trabalho à sociedade que a contratou. Se esta omite informações, dá informações erradas ou dúbias, por forma a obter, por exemplo, lucros para si, está claramente a violar os deveres que a boa-fé lhe impõe, e deverá portanto ser responsabilizada.

A Autora defende ainda que “não há um dever de informar sempre que a contraparte possa, utilizando um grau médio de diligência, obter para si aquelas informações”. É seu entendimento estar aqui perante um “*ónus de auto-informação*”, isto é, a parte não tem obrigação de se informar, mas se o não fizer, por negligência, não poderá depois aproveitar-se da situação de ignorância para invocar a violação pela outra parte de deveres pré-contratuais. Para a Autora, o dever de informação só nasce, portanto, quando o ónus de a parte se informar, desaparecer¹³⁰. Não podemos apoiar inteiramente esta opinião, desde logo porque o facto de uma parte poder ter acesso a uma determinada informação não desonera a outra de cumprir o seu dever de informar sobre todos os factos relevantes para o negócio em concreto – obviamente que, situações haverá (nomeadamente tendo por base factores concorrenciais como visto anteriormente) em que a contraparte não necessita de informar a outra de tudo, caso contrário a prejudicada seria ela.

Pelo contrário, há autores que defendem que existe sempre um dever de informar, isto é, existe um dever-geral de informação.

Neste sentido, MENEZES CORDEIRO é da opinião de que “devem ser trocadas todas as informações necessárias para que cada um conheça os factores relevantes que estão em causa no negócio em preparação¹³¹. Se as informações forem relevantes para o contrato a celebrar, as partes negociadoras não podem dar informações falsas

¹³⁰ COSTA, Mariana Fontes da - *O dever pré-contratual de informação*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, p. 381.

¹³¹ CORDEIRO, António Menezes – *Banca, bolsa e crédito*, vol. I, Coimbra, Almedina, 1990, p. 38. O Autor refere que, no caso tradicionalmente tratado como responsabilidade pré-contratual por ruptura de negociações (o Acórdão do STJ de 5 de Fevereiro de 1981, anotado por ALMEIDA COSTA na RLJ ano 116.º (1983/1984), pp. 81 e seg., a responsabilidade seria evitada com a actuação de um simples dever de informação, prevenindo-se a contraparte de que a celebração do contrato não devia ter-se como assegurada.

ou deficientes. Mais do que isto, as partes que negociam com vista à celebração de um contrato, devem informar a outra sobre todas as questões que relevem para a formação, por parte desta, de um quadro exacto sobre a matéria objecto das negociações”¹³².

Por sua vez, quem omite a comunicação à outra parte duma causa de nulidade do negócio ou adopte uma posição de reticência perante o erro da contraparte, viola a obrigação de facto positivo a que encontrava adstrito. Da mesma forma, “quem se apresentar como procurador sem ter legitimidade representativa ou proponha a venda de um objecto fora do comércio, por exemplo, viola a obrigação de se abster de o fazer”¹³³. É igualmente verdade que os negociantes não podem criar propositadamente na contraparte expectativas infundadas, que venham mais tarde, a trazer-lhe danos. Também na doutrina portuguesa podemos encontrar quem defenda que “à partida o dever de informação tenderá a abranger tudo quanto, pela natureza da situação criada, não seja conhecido pela contraparte e será tanto mais intenso quanto maior for a complexidade do contrato e da realidade por ele envolvida”¹³⁴.

ANA PRATA¹³⁵ também defende a existência de um dever geral de informação. Esta Autora considera que os deveres de comunicação, de informação e de esclarecimento abrangem a viabilidade da celebração do contrato, principalmente se o contraente sabe que muito provavelmente, o negócio não se concretizará e mantém a outra parte na ilusão contrária, o que faz realizar despesas. Considera ainda que aqueles deveres devem ser observados sempre que determinados obstáculos inerentes ao negócio sejam previsíveis, bem como determinados elementos negociais relevantes para a decisão de contratar e os seus termos. Exemplo do que acabou de ser exposto serão as características dos produtos, os seus vícios, as utilidades que possam ter e que são desconhecidas para a outra parte, daí a grande necessidade de observância destes deveres.

¹³² CORDEIRO, António Menezes – *Da Boa-Fé no Direito Civil*, Edições Almedina, 2011, pp. 550, conta o caso decidido no BAG (Bundesarbeitsgericht - Tribunal Federal do Trabalho), de 7 de Fevereiro de 1964. Uma trabalhadora foi responsabilizada por, na entrevista de selecção de um concurso publico, ter omitido as suas condições de saúde que a tornavam inapta para o trabalho em questão, inutilizando com isso, todo o processo de selecção para o preenchimento do lugar, visto ter sido ela, afinal, a candidata seleccionada.

¹³³ PINTO, Carlos Alberto da Mota – *A responsabilidade pré-negocial*, pp. 15 e 157.

¹³⁴ CORDEIRO, António Menezes – *Manual de Direito Comercial*, 3ª edição, 2012, pp. 388 e 389.

¹³⁵ SILVA, Eva Sónia Moreira da – *A responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*, p. 82.

A Autora¹³⁶ tal como o Professor DÁRIO MOURA VICENTE¹³⁷, defendem ainda que estes deveres tanto podem ser violados por acção, portanto com a formulação de indicações inexactas ou do caso de prestação de informações falsas, capazes de induzir a contraparte em erro; como por omissão, ou seja, silenciando elementos que a contraparte tinha interesse objectivo em conhecer e ainda “a falta de tempestividade na prestação destes deveres, que na opinião da Autora, também faz nascer a obrigação de indemnizar”¹³⁸.

DÁRIO MOURA VICENTE¹³⁹, na esteira do STJ, defende que para que recaia sobre uma das partes o dever de informar, torna-se necessário, antes de mais que, este dever seja limitado por um correspondente dever de esclarecer a contraparte. Por outro lado, urge que essa parte *saiba* que a outra desconhece determinada qualidade ou circunstância que tenha relevo para uma formação de vontade esclarecida. Posição que não podemos negar.

Na nossa opinião, é necessário definir os limites entre os quais existirá a obrigação de informação. Tal como nos diz GIUSEPPE GRISI, “a circulação de bens e da riqueza é governada pelas regras da competição e da concorrência, às quais corresponde a liberdade de se manter em posição de vantagem, porém importa determinar os limites do exercício do poder que dispõe a parte informada de desfrutar, em seu próprio benefício, da vantagem informativa. Estes haverão de variar com as exigências particulares de cada caso concreto”¹⁴⁰.

Com efeito, é inegável a natureza conflituosa do direito pré-contratual a ser informado ou, vistas as coisas do lado oposto, o dever de fornecer á contraparte conhecimento, cuja exclusividade garanta ao devedor da obrigação de informar uma vantagem comparativa no processo negocial. Se por um lado este dever promove a formação consciente e esclarecida da vontade da parte informada, por outro, acarreta para quem tem a obrigação de informar, uma perda significativa de poder negocial, com consequências potencialmente nefastas para o sistema economico¹⁴¹

¹³⁶ *Ibidem*.

¹³⁷ VICENTE, Dário Moura – *A culpa na formação dos contratos em Angola e Portugal*, Conferência proferida em 11 de Setembro de 2010 na Universidade Eduardo dos Santos”, Huambo, Angola, p. 6.

¹³⁸ PRATA, Ana – *Notas sobre responsabilidade pré-contratual*, pp. 49 e 50 in: SILVA, Eva Sónia Moreira da – *A Responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*, p. 79.

¹³⁹ VICENTE, Dário Moura – *A culpa na formação dos contratos em Angola e Portugal*, Conferência proferida em 11 de Setembro de 2010 na Universidade Eduardo dos Santos”, Huambo, Angola, p. 7.

¹⁴⁰ GRISI, Giuseppe, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, Jovene Editore, 1990, cit. p. 82.

¹⁴¹ COSTA, Mariana Fontes da – *O dever pré-contratual de informação*, p. 375.

Concluímos, desta forma, que há na nossa ordem jurídica, um dever geral de informar ou esclarecer a contraparte. Não é necessário informar ou esclarecer a contraparte de tudo, isto é, de todas as circunstâncias, de facto e de direito, determinantes da decisão de contratar, caso contrário reduziríamos as possibilidades das partes, autonomamente, competirem entre si e não é assim que a economia funciona. É a competição existente entre as partes, nomeadamente devido à contraposição inegável dos seus interesses, que “*alimenta o impulso inegável do sistema*”¹⁴².

Tal como afirma DÁRIO MOURA VICENTE¹⁴³, o dever de informar apenas existe onde e quando o padrão de exigência exigível ao comum das pessoas não requeira que o contraente obtenha, designadamente da contraparte, as informações e explicações necessárias a fim de se esclarecer.

Nas palavras de RITA AMARAL CABRAL, “uma solução que se traduzisse em vincular as partes a trocarem um acervo completo de esclarecimentos relativos ao negócio desde que, com o primeiro contacto, se iniciassem os preliminares, inviabilizaria economicamente, qualquer processo negociatório”¹⁴⁴.

ANA PRATA¹⁴⁵ diz-nos que se uma das partes, souber que as negociações tem uma probabilidade bastante baixa de chegarem a bom termo e, ainda assim, incitar a outra a confiar na conclusão do contrato ou, por omissão, permitir que ela, confiantemente realize despesas ou pratique actos em função desse desfecho (tal como aconteceu na famoso história de Cícero, que tivemos oportunidade de expor no início deste trabalho), está a violar uma das obrigações que decorrem do Princípio da Boa-Fé, a obrigação de a prevenir lealmente da improbabilidade, podendo,

¹⁴² BENATTI, Francesco – *A responsabilidade Pré-Contratual*, Coimbra, Almedina, 1970, p. 58.

¹⁴³ VICENTE, Dário Moura – *A culpa na formação dos contratos em Angola e Portugal* - Conferência proferida em 11 de Setembro de 2010 na Universidade Eduardo dos Santos”, Huambo, Angola, p. 7.

¹⁴⁴ CABRAL, Rita Amaral de – *A responsabilidade por prospecto e a responsabilidade pré-contratual* – Anotação ao Acórdão do Tribunal Arbitral, de 30 de Março de 1993», in: CORDEIRO, António Menezes/ CABRAL, Rita Amaral de, *Aquisição de empresas- vícios na empresa privatizada- Responsabilidade pelo prospecto- “Culpa in contrahendo”- Indemnização* (anotação ao Acórdão do Tribunal Arbitral de 30 de Março de 1993), Lisboa, Ordem dos Advogados. p. 125. A Autora entende que não basta verificar se o Tatbestand do artigo 227.º para que surja, por si só, um dever genérico de informar. A desigualdade no acesso à informação será o factor decisivo. Ver também SILVA, Eva Sónia Moreira da – *A responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*, p. 83.

¹⁴⁵ SILVA, Eva Sónia Moreira da – *A responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*, p. 48.

consequentemente, vir a ser responsabilizada pelos danos quando as negociações se gorarem.

O dever de informação respeita a todos os elementos negociais relevantes quer para a decisão de contratar¹⁴⁶, quer para a conformação concreta do contrato a celebrar, quer ainda para a completa funcionalidade do contrato para servir os interesses que a parte com ele quer ou pode ver prosseguidos¹⁴⁷. A violação deste dever pode configurar-se como um acto puramente omissivo, como também se mostra capaz de apresentar como um acto positivo e ainda por se consubstanciar numa intromissão falsa, quer por consistir numa “declaração de tal modo próxima daquela que podia ser esperada que ela gera no espirito a confusão pretendida”¹⁴⁸. Por outro lado, como acontece com a generalidade dos incumprimentos obrigacionais, pode a violação do dever de informação resultar da “*falta de tempestividade dela*”. Quer isto dizer que pode o devedor ser responsabilizado pelos danos em situações em prestou a informação em momento tardio, de tal modo que a falta de oportunidade tenha sido causa de danos, mais limitados ou até equivalentes aos de um total e definitivo não cumprimento¹⁴⁹.

Quando nos referimos aos deveres de informação e esclarecimento não estamos apenas a referir-nos ao clausulado contratual pretendido e ao esclarecimento exacto do significado jurídico-económico de cada um deles. É também necessário que sejam

¹⁴⁶ “Um senso comum não mais do que elementar impõe que não se extraia da formulação enunciada que, por exemplo, o vendedor tenha q informar o comprador da possibilidade de este adquirir o bem, que vai vender-lhe, por preço inferior a um outro comerciante ou a existência de obrigações de informação congêneres, muito embora, na despida consideração da letra da fórmula, se trate, naturalmente, de elementos relevantes para a decisão de contratar. Assim, não me parece muito justificada a crítica de DIETER MEDICUS in “*Culpa in Contrahendo*”, p. 578, relativamente a formulações muito amplas que vão “muito para além de quanto se pode razoavelmente pretender”. Ensino que remonta já ao Direito Romano o de que «[...] in pretio emptio et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire» (D., 4,16,4). Como dizia MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, op. Cit., pp. 258-259, nota (1), «sem dúvida que o vendedor não está obrigado a informar que a mercadoria se vende mais em conta noutra parte, nem que o seu preço não tardará a descer no próprio local do contrato, pela chegada de outros fornecimentos. Assim como não está obrigado o comprador a revelar que a mercadoria se vende mais cara noutro sítio, ou que há outros pretendentes dispostos a paga-la por melhor preço». Igualmente sobre este assunto, TUHR, A. Von – *Tratado de las Obligaciones*, tomo I, p. 215 in: PRATA, Ana – “Notas sobre responsabilidade pré-contratual”, pp. 50 e 51.

¹⁴⁷ GONZALEZ, Clara – *La culpa in contrahendo*, Universidad del país Vasco, 1989, pp. 64, referindo-se ao dever de informação, caracteriza-o como existindo «relativamente àquelas circunstâncias que para uma parte são ou devem ser conhecidas e que ela sabe ou deve saber se podem ter influência na decisão da outra parte», explicando esta formulação pelo carácter indeterminado que reveste tal dever na relação pré-negocial. Adiante (pp. 183-184), a autora enuncia vários exemplos de obrigações de informação que tem sido reconhecidas, na fase pré-contratual, pelos tribunais alemães.

¹⁴⁸ JUGLART, Michael de, *L’obligation de renseignements dans les contrats*, in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Tome quarente-troisième, Année 1945, p. 8.

¹⁴⁹ PRATA, Ana – *Notas sobre responsabilidade pré-contratual*, p. 50.

prestadas informações relativas a todos os aspectos essenciais do negócio que vai ser celebrado, por forma a que aquando da celebração do contrato e mesmo depois deste, a contraparte não tenha desagradáveis surpresas em virtude de informações que não foram prestadas ou falsas.

Como regulador deste regime, temos o Decreto-Lei n.º 446/85 de 25 de Outubro, actualizado pelo DL n.º 323/2001, de 17/12.

1.4.2. Deveres de lealdade ou de negociação honesta

De todos os deveres que decorrem do Princípio da Boa-Fé, e para os efeitos a que se propõe este trabalho, este é o dever mais importante. E por isso mesmo, dedicar-lhe-emos especial atenção.

Os deveres de lealdade vinculam os negociadores na pendência contratual, a não assumirem comportamentos que se desviem de uma negociação correcta e honesta. Neste sentido, obrigam as partes a que estas se abstenham de comportamentos que possam falsear o objectivo do negócio ou a desequilibrar o jogo das prestações por elas consignado. A casuística permite apontar, como concretização desta regra, a existência de *deveres de cuidado*¹⁵⁰, *deveres de não concorrência*, *de não celebração de contratos incompatíveis com o primeiro*, *de sigilo ou segredo* face a elementos obtidos por via da pendência contratual e cuja divulgação possa prejudicar a outra parte e *deveres de actuação* com vista a preservar o objectivo e economia contratuais¹⁵¹.

Atentando-nos agora, em particular, aos deveres de sigilo, para que estes existam, eles devem ter lugar numa circunstância de negociações preparatórias com vista à celebração de um contrato e por causa delas. “A parte que negoceia com outrem, tem obrigação de manter em sigilo os factos de que tome conhecimento por causa das negociações, ainda que a revelação não se configure como ofensa do bom nome ou do crédito”¹⁵². Da mesma forma, tão ou mais importante que as partes

¹⁵⁰ “As partes não podem desvendar matéria de que tenham tido conhecimento por via da negociação, quando, com isso, se contrarie as expectativas da outra parte” in CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes – *Da Boa-Fé no Direito Civil*, Volume I, Almedina, ..., p. 583.

¹⁵¹ “Não se deve, de modo injustificado e arbitrário, interromper-se uma negociação em curso, salva a hipótese de a contraparte, por forma expressa ou por comportamento concludente, ter sido avisada da natureza precária dos preliminares a decorrer” in *Ibidem*.

¹⁵² *Idem*, p. 63.

revelem de forma clara, perceptível e precisa as suas reais intenções, por forma a permitir ao outro apreender o exacto significado de cada declaração e não o levar a incorrer em erro obstativo capaz de a fazer confiar numa declaração que afinal se venha a revelar desconforme com a vontade do seu autor.

Assim, ANA PRATA¹⁵³ dá o exemplo de que se uma das partes, por desleixo ou com intenção de enganar a outra, se exprime em termos que permitam ao outro negociador criar expectativas de que ele faz depender a sua decisão contratual final de certos pressupostos, materiais, económicos ou jurídicos, verificando-se, mais tarde, de que não se tratava de elementos condicionadores do processo decisional da parte, a parte violadora pode incorrer em responsabilidade e ser obrigada a indemnizar os gastos ou outros danos que o outro sujeito tenha em consequência sofrido. A mesma Autora, contínua, explicando que o mesmo também pode acontecer quando uma das partes, por falta de clareza de expressão, convence o outro de que continua empenhado no processo negociatório, quando já não é verdade, ou em qualquer outra situação em que a parte induza a outra em erro, acarretando prejuízos para a contraparte.

Segundo os ensinamentos de OLIVEIRA DE ASCENSÃO, as exigências de lealdade podem surgir inseridas nos deveres de informação¹⁵⁴. Exemplo desta situação é o contratante que sabe de antemão que não pretende celebrar aquele contrato e, portanto, deve comunicar ao outro os seus intentos, para que este não crie falsas expectativas.

Este dever tem, igualmente, como corolários o dever de segredo relativamente a informações confidenciais obtidas no decurso das negociações e a ilicitude, em determinadas circunstâncias, do rompimento destas¹⁵⁵.

De uma forma mais ampla e voltando-nos novamente para o dever de lealdade pré-negocial, ANA PRATA¹⁵⁶, refere que este dever implica o dever de informar a contraparte da situação real e concreta das negociações. Há que advertir a contraparte, da medida da probabilidade das negociações chegarem a bom termo, em particular

¹⁵³ *Idem*, pp. 65 e 66.

¹⁵⁴ CUNHA, Daniela Moura Ferreira – *Responsabilidade pré-contratual por ruptura de negociações*, Edições Almedina, Maio de 2006, pp. 270 e 271.

¹⁵⁵ VICENTE, Dário Moura – *A culpa na formação dos contratos em Angola e Portugal* - Conferência proferida em 11 de Setembro de 2010 na Universidade Eduardo dos Santos, Huambo, Angola, p. 7.

¹⁵⁶ PRATA, Ana – *Notas sobre responsabilidade pré-contratual*, pp. 6 e ss..

quando ela é diminuta, em ordem a evitar a ocorrência de prejuízos injustificados. ANTÓNIO CARVALHO MARTINS¹⁵⁷ entende, desta forma, que não devem ser iniciadas ou prosseguidas negociações se alguma das partes já souber de antemão que aquele negócio é destinado ao malogro. É necessário evitar que se deposite na contraparte uma confiança e expectativas legítimas cuja frustração irá ser quase certa, apresentando-se suscetível de apresentar prejuízos injustos para a contraparte, que desconhecia considerava, inocentemente, que aquelas negociações chegariam a bom porto.

Da mesma forma, é sabido que o princípio da liberdade contratual pressupõe que as partes possam “dispor de um amplo espaço de liberdade para, através de formulações aproximativas, poderem ajustar progressivamente os seus pontos de vista divergentes, sendo-lhes, do mesmo passo, possível, em qualquer momento, desistir do projecto contratual concebido”¹⁵⁸. Ora, se assim é, não será então permitido às partes desistirem livremente do negócio, alegando que estão protegidas pelo princípio da liberdade contratual?

Pois bem, é precisamente nesta “*liberdade de desistência*” que encontramos o cerne principal de toda esta problemática.

Posto isto, parece que encontramos aqui um paradoxo.

Na nossa opinião, se é certo, por um lado, que os contraentes são livres de desistir de contratar, é também certo que o princípio da liberdade contratual carece de sofrer restrições, na necessária medida que a legítima e razoável confiança criada na contraparte pelo avanço das negociações o justificar.

A verdade é que não podemos impedir que qualquer uma das partes desista do negócio se assim o desejar. Porém, há que enunciar critérios que permitam fazer a distinção entre uma ruptura ilícita por violação dos deveres de lealdade contratual e uma ruptura lícita.

A doutrina é bastante unanime, porém, tudo depende do caso *in concreto*. Assim, sempre que “uma das partes inicia o processo negociatório sabendo, de

¹⁵⁷ MARTINS, António Carvalho – *Responsabilidade pré-contratual*, Coimbra Editora 2002, p. 79. Ver também a este respeito, ALMEIDA COSTA, Ver. Leg. Jur., n.º 3711, p. 174.

¹⁵⁸ PRATA, Ana – *Notas sobre responsabilidade pré-contratual*, p. 66.

antemão, que não virá a concluir qualquer contrato”^{159/160}, há um maioritário entendimento doutrinal no sentido de fazer suportar a essa parte os danos que a sua conduta dolosa ou irreflectida provocou ao outro sujeito¹⁶¹.

Porém, nem sempre é assim tão simples. Casos há em que a situação se apresenta mais delicada. Passemos a analisar cada um destes casos.

▪ Caso 1

Há quem entenda que a parte, sempre que rompe negociações, não tem o dever de informar o outro sujeito das razões que motivam a ruptura. Sendo, pelo contrário, legítimo, em muitos casos, a manutenção de reserva sobre tais motivos. Tal acontece, designadamente, quando uma das partes desconfie da honestidade, da solvabilidade ou da fiabilidade no cumprimento contratual da contraparte, ou resulte do surgimento de alternativas contratuais mais favoráveis ou da mudança de projectos empresariais do negociador¹⁶².

ANA PRATA¹⁶³, sobre este assunto, diz-nos que “este direito de reserva sobre os motivos do rompimento é, conjuntamente com a invocação da necessidade de salvaguarda da mais ampla liberdade das partes nos preliminares, é o argumento que alguns sectores da doutrina¹⁶⁴ têm utilizado para defender a exclusão ou, ao menos,

¹⁵⁹ Ou nas hipóteses em que a probabilidade de querer ou poder vir a celebrá-lo é remota, porque, por exemplo, o sujeito que desencadeia as negociações não é titular do direito que negocia, nem sabe se está em condições de vir a adquiri-lo, disso não avisando a contraparte.

¹⁶⁰ PRATA, Ana – *Notas sobre responsabilidade pré-contratual*, p. 68.

¹⁶¹ BARBOSA, V. Ascensão – *Do contrato-promessa*, p. 78; PINTO, Carlos Alberto da Mota – *A responsabilidade pré-negocial*, pp. 187 a 189, cita vários autores para quem a responsabilidade “*in contrahendo*” só é admissível quando houver má-fé do lesante, isto é, nos casos em que a entrada em negociações é desacompanhada da intenção de vir a concluir o contrato; SERRA, Vaz - “culpa do devedor”, pp. 126 a 129, depois de equacionar o problema da restrição da liberdade contratual que a responsabilidade por ruptura dos preliminares envolve, conclui: «... não deve [...], em princípio, haver responsabilidade, a não ser que se tenha conscientemente feito crer, com carácter de certeza, à outra parte a efectiva realização do contrato, isto é, que sem se chegar à celebração de um verdadeiro contrato-promessa [...], todavia se tenha, pelo próprio procedimento, autorizado conscientemente a outra parte a confiar, sem dúvida, nessa efectiva realização do contrato. Adoptar-se-ia assim, uma solução cercada de cautelas para não limitar a liberdade de ruptura de negociações além do que parece razoável».

¹⁶² PRATA, Ana – *Notas sobre responsabilidade pré-contratual*, p. 69.

¹⁶³ *Idem*, p. 71.

¹⁶⁴ BENATTI, Francesco – *A responsabilidade pré-contratual*, Coimbra, Almedina, 1970, pp. 67 a 71; MEDICUS, Dieter - *Culpa in contrahendo*, pp. 587-588; TUHR, A. Von – *Tratado de las Obligaciones*, tomo I, p. 143.

a grande restrição de qualquer responsabilidade pelo rompimento das negociações preparatórias de um contrato”^{165/166/167}.

Posto isto, ANA PRATA¹⁶⁸ refere que é actualmente entendimento maioritário da doutrina¹⁶⁹ o seguinte: se alguma das partes souber com a normal diligência que algum risco ameaça o sucesso do processo negociatório, tem o dever de o comunicar à contraparte, advertindo-a, em particular, da necessidade de adequada prudência na realização de gastos ou na privação de ganhos. A violação deste dever pré-contratual de lealdade pode consubstanciar, pois, numa conduta omissiva e, frequentemente, assim será. Porém, pode também traduzir-se num comportamento positivo de incitamento da contraparte a praticar actos ou a abster-se de iniciativas no pressuposto da futura celebração do contrato, quando se sabe que a probabilidade desta é escassa¹⁷⁰.

¹⁶⁵ Diz MOTA PINTO, in: *A Responsabilidade pré-negocial*, pp. 192 a 193, que “não se pode conferir ao magistrado o papel de estabelecer, por análise do conteúdo das proposições recíprocas, se estas devem ou não ser aceites e, por conseguinte, se há ou não um motivo justo e atendível de rotura”.

¹⁶⁶ É, porém, avisado ter presente que haverá casos em que o invocado motivo de ruptura pode, ou até deve, com grande razoabilidade, ter de ser apreciado judicialmente. Veja-se o ilustrativo exemplo, submetido à apreciação dos tribunais italianos, referido por M. BESSONE, - “*Rapporto precontrattuale*”, pp. 968 e 969: “A. rompeu as negociações em curso para o arrendamento de um imóvel, invocando a opinião de um seu perito no sentido de que ele não se mostrava idóneo para o fim tido em vista e dizendo, acessoriamente, que em qualquer caso, B. não lho poderia entregar em tempo útil; verifica-se que, anteriormente, o imóvel fora já inspeccionado por A, que se declarara inteiramente satisfeito com as condições do local, isto é, que é falso o motivo invocado como principal pelo autor da ruptura; prova-se, por outro lado, que nunca A. tinha indicado qualquer prazo para a entrega do imóvel como essencial em ordem à celebração do contrato e que o atraso invocado é insignificante e irrelevante para a satisfação do seu interesse”. Ver também PRATA, Ana – *Notas sobre responsabilidade pré-contratual*, p. 78.

¹⁶⁷ PRATA, Ana – *Notas sobre responsabilidade pré-contratual*, pp. 69 e ss..

¹⁶⁸ *Idem*, pp. 71 e ss..

¹⁶⁹ Nos sistemas de “*Common Law*”, sendo mais recente a aquisição do princípio da responsabilidade in contrahendo, há autores que afirmam, sem mais, que «as negociações não vinculam as partes de forma alguma» (ROBERT MUNDAY, “*Rapport national*” (*Angleterre et Irlande*), in “*La Formation du contrat*”, p. 87. Ver também PRATA, Ana – *Notas sobre responsabilidade pré-contratual*, p. 71, nota (163).

¹⁷⁰ Já, ao invés, não pode colocar-se qualquer problema de responsabilidade quando uma das partes, por sua iniciativa temerária e sem que a contraparte, por acção ou omissão, para tal contribua, decida realizar despesas ou privar-se de ganhos em vista da ainda remota e quiçá pouco provável celebração de um dado contrato, vindo este a frustrar-se por se decidir afinal a contraparte pela sua não conclusão. É que, em tal hipótese, não será identificável qualquer ilícito pré-contratual pois a desistência do projecto negocial por parte de um dos negociadores não é, sem mais, acto susceptível de ser considerado violador da boa-fé. Sendo esta a hipótese enunciada por ALMEIDA COSTA, *Responsabilidade Civil pela ruptura...*, p. 53, parece incontestável a sua conclusão de afastamento de qualquer responsabilidade, só não podendo aceitar-se que o respectivo fundamento resida na ausência de nexo causal entre a ruptura das negociações e o dano verificado. Na verdade, o que não está em causa é a ausência de um essencial requisito da constituição da obrigação indemnizatória, a prática do acto ilícito; não se verificando este, não tem cabimento a colocação e análise do problema da relação causal pois falta um dos polos desta. Ver também PRATA, Ana – “*Notas sobre responsabilidade pré-contratual*”, p. 71, nota (173).

▪ Caso 2

Por outro lado, a Autora¹⁷¹ diz-nos que a ruptura das negociações também se pode verificar em virtude da ilicitude pré-contratual, ou seja, quando as consequências da ruptura, sejam de menor gravidade para a contraparte, do que aquelas que derivam dos danos dessa mesma ruptura inesperada das negociações.

Esta é a hipótese mais delicada dado implicar a consideração do motivo do rompimento para valorar a sua capacidade justificativa do prejuízo sofrido pela contraparte.

Estão aqui em causa três factores essenciais: “ponderação dos interesses das partes”, a sua “avaliação relativa” e a “apreciação da conduta do autor da ruptura”¹⁷².

Esta ponderação de interesses implica uma análise delicada. Neste sentido, tem de ter em consideração quer a “*medida da confiança que as negociações criaram no lesado*”, quer a “*vantagem que o autor da ruptura visava com ela*”, quer o “*tipo de negócio projectado*” e a “*inerente distribuição de riscos pré-negociais no tráfego contratual*”, devendo a conduta do lesante ser apreciada “em termos de racionalidade de comportamentos”¹⁷³, pois a verdade é que, na ausência de culpa deste, não se pode ver constituído em qualquer obrigação indemnizatória.

▪ Caso 3

Uma outra situação pode ocorrer quando um dos sujeitos elabore um modelo de contrato, obtendo a concordância da contraparte, nomeadamente quando esse acordo substancial implicou alterações ou ajustamentos no programa económico ou de actividade e este ultimo sujeito altera o projecto de clausurado do contrato a celebrar, sem o conhecimento da contraparte.

Nesta hipótese o ilícito contratual consistirá na inesperada e objectivamente infundamentada alteração do projecto do clausurado do contrato a celebrar. Quanto á respectiva responsabilidade, esta constituir-se-á tanto nos casos em que a motivação da alteração tenha sido a de, pela gravidade e carácter surpreendente das novas exigências, levar a contraparte à desistência do contrato, como naqueles em que tenha

¹⁷¹ PRATA, Ana – *Notas sobre responsabilidade pré-contratual* p. 71

¹⁷² *Idem*, p. 73.

¹⁷³ CUFFARO, Vincenzo – *Responsabilità Precontrattuale*, Editore Key, Edizione Aprile 2015, p. 1272.

sido a imponderação ou incúria do negociador a explicar em que só nesse momento se tenha apercebido da vantagem de reformular o clausulado contratual¹⁷⁴.

▪ Caso 4

Por outro lado, apesar de poder parecer à primeira vista algo estranho, a verdade, no entendimento de ANA PRATA¹⁷⁵, pode apresentar-se como sendo o beneficiário da responsabilidade o sujeito que operou o rompimento. Tal acontecerá, nos casos em que a razão da ruptura tenha residido num comportamento ilícito do outro contraente. A título de exemplo, quando uma das partes descobre, em certo momento das negociações, que lhe foram prestadas informações falsas, sendo esse o motivo do rompimento, a ela caberá o direito à indemnização, desde que, naturalmente, se encontrem reunidos os restantes requisitos da responsabilidade civil.

▪ Caso 5

Uma outra situação pode ocorrer quando o rompimento das negociações for provocado por um terceiro, com intenção de vir, ele próprio a concluir o contrato com uma das partes, ou mesmo sem ela. Ou seja, se o seu intuito for o de evitar que o contrato se celebre, em seu próprio benefício ou em prejuízo de qualquer uma das partes.

ANA PRATA¹⁷⁶ considera, neste caso em particular, que não parece ser admissível fundar a responsabilidade do terceiro no artigo 227.º, só podendo ele vir a ser obrigado a indemnizar o lesado pela ruptura se se encontrarem reunidos os pressupostos da responsabilidade delitual¹⁷⁷. Considera a Autora que se a intervenção de terceiro tiver sido provocada por um dos negociadores ou tiver sido realizada com o acordo dele, a responsabilidade será deste e fundar-se-á no artigo 800.º ou no artigo 500.º, consoante estejam preenchidos os requisitos respectivos.

¹⁷⁴ PRATA, Ana – *Notas sobre responsabilidade pré-contratual*, p. 74 e nota (170). Nestas hipóteses, a mais frequente situação de responsabilidade *in contrahendo* verifica-se quando a parte a quem são exigidas, súbita e inesperadamente, as alterações desista do contrato, sofrendo com isso, danos.

¹⁷⁵ *Idem*, p. 76.

¹⁷⁶ *Idem*, p. 77.

¹⁷⁷ Neste sentido, DEL FANTE, ANNA – *Buona fede prenegoziale*, p.136, nota (48), cit. in PRATA, Ana – *Notas sobre responsabilidade pré-contratual*, p. 77.

Após esta longa exposição acerca do dever de lealdade, podemos concluir que para determinarmos se houve ou não violação deste dever é necessário todo um trabalho de análise no qual o julgador deve ter em atenção todos os elementos disponíveis e para o efeito relevantes como a duração, o adiantamento das negociações, a natureza e o objeto do negócio, os valores nele envolvidos, a qualidade dos contraentes, decurso e a fase em que se encontram as negociações, o comportamento das próprias partes, não esquecendo, claro, o tipo de negócio que está em causa. Todos estes são factores determinantes se averiguar a existência de violação daquele dever, podendo exigir uma maior ou menor reflexão, consoante a situação em concreto.

Não se encontram, na nossa jurisprudência evidências claras sobre deveres acessórios ou sobre a violação positiva do contrato. Para tanto, terão contribuído a não consagração, pelo Código de Seabra, da boa-fé contratual e um certo atraso, por parte da doutrina, em promover a aprendizagem da Ciência pressuposta pelo Código Civil. A nível de decisões interessa considerar as que apliquem o artigo 762.º n.º 2 ou que, de qualquer modo, façam valer a boa-fé contratual¹⁷⁸.

¹⁷⁸ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes – *Da Boa-Fé no Direito Civil*, Volume I, Almedina, pp. 608 e 609.

CAPÍTULO II

A IMPORTÂNCIA DE UMA *DUE DILIGENCE*

2. A *Due Diligence*

2.1. Conceito e evolução histórica

Dividido em duas expressões (“*Due*” que significa “devida” e “*Diligence*” que significa “diligência” ou “cautela”), o termo anglo-saxónico *Due Diligence*, pretende exprimir uma só realidade: “*Diligência Devida*”, remetendo-nos automaticamente para um padrão de cuidado exigível, a ter em consideração aquando da sua aplicação ao caso concreto¹⁷⁹.

Por definição, a *Due Diligence* “é um procedimento de análise levado a cabo normalmente pelo comprador com a colaboração do vendedor e tem por finalidade verificar e avaliar a situação das empresas e/ ou dos negócios a transacionar, com o objectivo de determinar o seu valor real, bem como o dos seus activos, verificar o funcionamento da empresa e do cumprimento das regras legais, avaliar os riscos inerentes, garantias a prestar e determinar responsabilidades, consoante cada caso em concreto”¹⁸⁰. De uma forma mais simples, podemos explicar a *Due Diligence* como sendo um “processo de recolha ou levantamento de informação cuja principal função é a análise da possibilidade de se realizar um determinado negócio”¹⁸¹. É, pois, um processo de investigação e análise detalhada das actividades financeiras e operativas de certa entidade com o objectivo de assistir a empresa compradora a identificar e avaliar os riscos e debilidades que a empresa-alvo pode apresentar – isto no caso de estarmos perante uma compra, fusão ou aquisição de uma empresa por parte de outra. Não obstante a *Due Diligence* é possível em muitos outros negócios, como veremos de seguida. Neste entendimento, a essência ou o fim principal de uma *Due Diligence* é, independentemente do seu objecto, proporcionar ao comprador/ investidor uma

¹⁷⁹ Não obstante, é também conhecida como auditoria de compra, auditoria legal, diligência confirmatória e revisão comercial, entre outros – *apud* LONDOÑO, Iván Darío Restrepo – “*Due Diligence Financiera*, una forma para garantizar la toma eficiente de decisiones en la adquisición de empresas” in *El Cuaderno – Escuela de Ciencias Estratégicas*, Vol. 2 N.º 4 (2008), Medellín – Colombia, Jul – Dic de 2008 ISSN: 2011-0170, p. 266.

¹⁸⁰ SAMPAIO, José Maria Corrêa de - “Como reduzir os riscos de uma aquisição, fusão ou financiamento de uma empresa através de uma *Due Diligence*”, Conferência Seminário económico/ IIR, Fevereiro de 2000- *apud* Paulo Moura Castro, *Due Diligence*, Contabilidade&Empresas, Set/Out n.º5- 2.ª série.

¹⁸¹ LONDOÑO, Iván Darío Restrepo – “*Due Diligence Financiera*, una forma para garantizar la toma eficiente de decisiones en la adquisición de empresas” in *El Cuaderno – Escuela de Ciencias Estratégicas* Vol. 2 N.º 4 (2008), Medellín – Colombia, Jul – Dic de 2008 ISSN: 2011-0170, p. 263.

informação clara, veraz e detalhada, que sirva de suporte ou base confiável para a tomada de decisões, neste caso, a compra, permitindo simultaneamente a tomada de consciência dos possíveis riscos daquele negocio e, por sua vez, criar os mecanismos necessários e adequados para possíveis coberturas. Estas informações deverão ser cedidas pelo vendedor que deverá proporcionar toda a informação que possua, por forma a que se evitem mal entendidos. A informação proporcionada pela empresa vendedora mostra-se uma ferramenta chave no desenvolvimento deste processo de investigação, consistindo em recorrer a registos ou outros organismos públicos com o objetivo de obter outro tipo de dados ou apenas para confirmar a informação adquirida¹⁸².

Este procedimento tem lugar na fase pré-contratual do negócio, isto é, antes da celebração do negócio principal, precisamente para que se possam avaliar as contingências que desencadearia a concretização do mesmo. Por norma, efetua-se depois de as partes interessadas terem chegado a um entendimento preliminar, mas antes de assinarem os documentos que legalizam a compra do negócio¹⁸³. No fundo o que se pretende é “conhecer exhaustivamente a empresa que se vai investir, avaliar os seus activos, os riscos das operações, quantificar passivos e apurar as eventuais contingências que podem vir a materializar-se após o fecho da operação”¹⁸⁴. É, de facto, um termo amplamente estendido ao ambiente empresarial familiarizado com as transacções de compra e venda de empresas, bem como com as operações de concentração como fusões, aquisições, cisões e incorporações.

A *Due Diligence* formaliza-se num relatório que deve ter em conta os seguintes aspectos: societários, administrativos, laborais, fiscais, activos da sociedade (bens móveis ou imóveis), contratos, litígios, direitos da concorrência, urbanismo e meio ambiente¹⁸⁵.

¹⁸² LONDOÑO, Iván Darío Restrepo – “*Due Diligence* Financiera, una forma para garantizar la toma eficiente de decisiones en la adquisición de empresas” in *El Cuaderno – Escuela de Ciencias Estratégicas Vol. 2 N.º 4* (2008), Medellín – Colombia, Jul – Dic de 2008 ISSN: 2011-0170, pp. 264 e 265.

¹⁸³ *Ibidem*.

¹⁸⁴ SAMPAIO, José Maria Corrêa de - “Como reduzir os riscos de uma aquisição, fusão ou financiamento de uma empresa através de uma *Due Diligence*, Conferência Seminário económico/ IIR, Fevereiro de 2000- *apud* Paulo Moura Castro, *Due Diligence*, Contabilidade&Empresas, Set/Out n.º5- 2.ª série.

¹⁸⁵ LONDOÑO, Iván Darío Restrepo – “*Due Diligence* Financiera, una forma para garantizar la toma eficiente de decisiones en la adquisición de empresas” in *El Cuaderno – Escuela de Ciencias Estratégicas Vol. 2 N.º 4* (2008), Medellín – Colombia, Jul – Dic de 2008 ISSN: 2011-0170, p. 265.

No dicionário “*Black’s Law Dictionary*”, o termo *Due Diligence* é definido como sendo “1) um processo razoavelmente esperado e geralmente exercido por um profissional que procura satisfazer um requerimento legal ou a quitação de uma obrigação; 2) Corporation & Securities. Na investigação do possível comprador e do corrector, na análise da empresa-alvo”¹⁸⁶.

Nos Estados Unidos da América, RODRIGO J. HOWARD diz-nos que a *Due Diligence* em conexão com a aquisição de empresas é uma excelente oportunidade para que o comprador tenha uma profunda e consistente opinião sobre o negócio que se está a realizar¹⁸⁷.

Já o Autor JAMES PHILLIPS, esclarece que no sistema jurídico australiano, não há uma definição para a *Due Diligence* que se relacione com a aquisição de empresas, sendo antes definida como sendo um “nível razoável de investigação sobre negócios da empresa ou corporação a ser adquirida, tendo em vista os aspectos da situação ou da empresa que podem ter um impacto material sobre as perspectivas dessa mesma empresa ou corporação”¹⁸⁸.

Por sua vez na Alemanha, conforme Winfred F. Schmitz¹⁸⁹, à semelhança daquilo que acontece no nosso país também não há uma definição geral para este procedimento, sendo a sua definição importada dos Estados Unidos da América e da Inglaterra. O Autor esclarece que no que corresponde à aquisição de uma empresa, há duas áreas principais que devem ser estudadas, a *legal Due Diligence* e a *financial Due Diligence*, sendo esta última realizada por contabilistas. Importa salientar que os advogados alemães consideram este procedimento como sendo “a investigação adequada para as questões jurídicas e forma de precaução quanto aos riscos de uma empresa ao ser adquirida”¹⁹⁰.

¹⁸⁶ SALDANHA, Pedro Mallmann - “*Due Diligence: aspectos relativos ao passivo ambiental*”, p. 5.

¹⁸⁷ Howard, Rodrigo J.- “*Due Diligence for Corporate Acquisitions*”, United States: AIJA, 1997, pp. 295-316, *apud* SALDANHA, Pedro Mallmann: “*Due Diligence: aspectos relativos ao passivo ambiental*”, p. 5.

¹⁸⁸ PHILLIPS, James – “*Due Diligence for Corporate Acquisitions*”, United States: AIJA, 1997, pp. 17-32, “*A reasonable level of investigation about the affairs of the business or corporation to be acquired, having regard to those aspects of the affairs of the business or corporation which may have a material impact on the prospects of the business or corporation*”- *apud* SALDANHA, Pedro Mallmann: “*Due Diligence: aspectos relativos ao passivo ambiental*”, pp. 5 e 6.

¹⁸⁹ Winfred F. Schmitz - “The adequate investigation into the legal matters and risks of a company to be acquired”. *Due Diligence for Corporate Acquisitions*, United States: IJA, 1997, p. 170”- *apud* SALDANHA, Pedro Mallmann, “*Due Diligence: aspectos relativos ao passivo ambiental*”, p. 6.

¹⁹⁰ *Ibidem*.

Em Portugal, LUÍS HENRIQUE VENTURA classifica esta expressão como uma “auditoria na pessoa jurídica, na qual o investidor tem planos de se associar ou investir”¹⁹¹.

Face ao exposto, podemos verificar que foi, na verdade, na prática empresarial que a *Due Diligence* ganhou forma e se tornou um procedimento comum em todo o mundo, pelo menos nos países mais desenvolvidos, que levam a cabo as operações faladas anteriormente. No fundo, o que queremos aqui dizer é que o procedimento de *Due Diligence* é “*conditio sine qua non*” da realização de operações como compra e venda de empresas, fusões, aquisições e cisões, ou, pelo menos, deveria ser. E aqui reside toda a sua importância. Aqui, encontramos empresários que levam a cabo transações, investidores, assessores especializados, bancos de investimento, financiadores e entre outros interlocutores, como veremos mais adiante. Na verdade, este processo converteu-se em prática habitual para a realização de operações societárias. Não obstante, importa agora dedicar algum tempo a conhecer a procedência deste termo, aparentemente *anglo-saxónico*, que define uma parte tão importante das tarefas a levar a cabo quando alguém quer investir ou desinvestir numa empresa.

Após uma longa investigação sobre o primórdio deste procedimento, podemos concluir que não há um consenso na doutrina acerca da verdadeira origem etimológica da expressão *Due Diligence*. Para uns Autores, a expressão remonta aos tempos romanos, tendo sido desenvolvida a partir do conceito “*diligentia quam in suis (rebus adhibere solet)*” (em português “*diligência de um cidadão em gerenciar as suas coisas*”), trazido para a Common Law, sendo já adoptado em decisões judiciais antigas¹⁹².

Advogavam estes Autores que se distinguiu, na época, dois tipos de diligência: a “*diligentia quam in suis (rebus adhibere solet)*”, ou seja, o cuidado com o que uma

¹⁹¹ SALDANHA, Pedro Mallmann - “*Due Diligence: aspectos relativos ao passivo ambiental*”- Artigo extraído do Trabalho de Conclusão de Curso “*Due Diligence: aspectos relativos ao passivo ambiental*”, apresentado como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, aprovado pela Banca examinadora composta pelo orientador Prof. Sérgio José Dulac Muller, Prof. Fernando Luiz Bernardes Coelho Silva e Prof. Sérgio Inácio Bernardes Coelho Silva, em 04 de Dezembro de 2009.

¹⁹² LEÃO. Leandro - “*Due Diligence* Arma eficaz de prevenção jurídica para o empreendedor”, ponto 2.1.

pessoa se ocupa dos seus próprios assuntos e a “*diligentia boni patris familias*”, uma modalidade de atenção mais específica prestada pelo pai de família¹⁹³.

Por outro lado, outros Autores defendem que o conceito foi introduzido no Direito Norte-Americano após a promulgação do “*Securities Act de 1933*” e a instituição de regras sobre a responsabilidade de compradores e vendedores na prestação de informações em procedimentos de aquisição de empresas.

Outros Autores há que protegem a ideia de que já no século XVII, o termo *diligência* era usado; e, inclusive no século XVIII, distinguiram-se três graus diferentes de diligência. No entanto, foram os tribunais norte-americanos que desenvolveram tanto o próprio termo como as diferentes modalidades de diligência, que variavam desde “pouca” diligência até “máxima” diligência, passando por “comum”, “ordinária”, “máxima”, “razoável”, extraordinária”¹⁹⁴.

Ao contrário do que a sua definição deixa adivinhar, a *Due Diligence* é uma realidade que não está assim tão longe de nós, enquanto consumidores. A verdade é que lidamos com ela diariamente quando tomamos decisões tão simples como comprar/ adquirir um serviço ou produto¹⁹⁵. Para a nossa melhor compreensão, vejamos a tabela *infra*.

¹⁹³ *Ibidem*.

¹⁹⁴ MARTÍN, Ana M. Martos – *La Due Diligence Financiera...*, pp. 15 e 16.

¹⁹⁵ BERKMAN, Jeffrey W. – *Due Diligence and the Business Transaction: Getting a Deal Done*, 2013, p. 11.

Tabela 1 - Tipos de *Due Diligences* no nosso dia-a-dia enquanto consumidores¹⁹⁶

TRANSACÇÃO	POSSÍVEL INVESTIGAÇÃO	TIPO DE <i>DUE DILIGENCE</i>
Comprar uma televisão	Ler críticas de outros consumidores Comparar preços	<i>Due Diligence</i> em produtos
Contratar um advogado	Consultar a Ordem dos Advogados	<i>Due Diligence</i> em serviços
Comprar um carro	Obter um seguro	<i>Due Diligence</i> Legal
Comprar um novo eletrodoméstico	Ler os rótulos de eficiência energética	<i>Due Diligence</i> Ambiental
Experimentar um novo restaurante	Perguntar a opinião a amigos/ conhecidos Pesquisar críticas <i>online</i>	<i>Due Diligence</i> em produtos
Namorar alguém novo	Perguntar a opinião de um amigo	<i>Due Diligence</i> Pessoal

Estes os exemplos que acabamos de ver sugerem que o essencial de uma *Due Diligence* é que os cidadãos se possam instruir a si mesmos enquanto consumidores (ou vendedores) antes de negociar com uma terceira parte. Esta recolha de informação tem como objectivo garantir que compramos (ou vendemos) o produto ou serviço a um preço justo. Esta é, pois, uma forma não tão estruturada e detalhada de diligência que um empresário ou investidor deve executar antes de entrar numa transacção¹⁹⁷.

Antes de adquirir um produto/ serviço, os consumidores diligentes investigam a empresa ou o perfil e reputação do fornecedor do serviço, avaliam a qualidade dos produtos ou serviços e, por vezes, conduzem investigações sobre os seus antecedentes, potenciais investidores. Tal como os consumidores, também os empresários aplicam o critério da *Due Diligence* às suas transacções, exactamente como aqueles fazem antes de adquirir um produto: investigam a empresa e as suas operações comerciais, investigam os serviços oferecidos pela empresa, determinam

¹⁹⁶ *Ibidem*.

¹⁹⁷ *Ibidem*.

o valor da empresa-alvo e examinam as suas capacidades de gestão, controlos dos antecedentes e fundadores.

Tabela 2 – Aspectos Comuns entre o Consumidor e a “*Business Due Diligence*”¹⁹⁸

ACÇÃO DO CONSUMIDOR ANTES DA TRANSACÇÃO COMERCIAL	ANÁLOGA ACÇÃO DO INVESTIDOR/ SÓCIO/ COMPRADOR ANTES DE UMA “BUSINESS-TO- BUSINESS” TRANSACTION	ÁREA DE DUE DILIGENCE
Pesquisa acerca da empresa/ fornecedor do serviço	Pesquisar a empresa de interesse ou vendedor	A empresa e o vendedor
Pesquisa acerca do produto a ser comprado/ serviço a ser adquirido	Pesquisa dos produtos ou serviços da empresa com interesse	Os produtos, serviços os e exames (operações comerciais)
Comparar preços	Pesquisa acerca do valor da empresa, os seus produtos e serviços e da própria transacção para que seja determinado o seu valor justo	Valorização
Análise dos antecedentes	Análise de antecedentes e investigações sobre o seu fundador, proprietários, funcionários-chave	Funcionários

A *Due Diligence* nas transacções comerciais envolve o exame e o estudo em 4 áreas-chave de um negócio antes de se entrar em qualquer tipo de transacção: a empresa e o vendedor, os produtos, serviços e avaliações, a valorização e os funcionários.

Por tudo isto, podemos concluir que o fim último de uma *Due Diligence* é perceber o fundamento do negócio que se está prestes a celebrar. O importante é que a *Due Diligence* nos conduza para um nível de entendimento suficiente para os tornar capazes de decidir se o devemos realizar ou não. Para que possamos chegar a este entendimento é necessário que a investigação de *Due Diligence* examine materiais e dados fornecidos pela empresa, informações obtidas de várias fontes, incluindo informações públicas e privadas e o conselho de consultores profissionais. Embora o empresário ou o investidor

¹⁹⁸ *Idem*, p. 10.

possa confiar em fontes externas, a fonte mais importante é sem dúvida a própria empresa-alvo.

Tabela 3 –Questões Fundamentais num questionário de *Due Diligence*¹⁹⁹

Fundamento	Objectivo	Questão fundamental	Natureza da questão
A empresa	Para perceber a estrutura legal e financeira da empresa e identificar potenciais riscos	Como está organizado? Quem são os proprietários quais são os tipos de propriedades e activos? Há alguma questão que faça com o negócio fique mais arriscado?	Legal Legal Legal
Operações comerciais	Para perceber a natureza das operações do negócio e os produtos da empresa, activos e serviços e para identificar potenciais riscos legais, financeiros e comerciais	Qual a natureza do negócio? Que tipo de produtos e/ou serviços que oferece? Onde estão os mercados para os seus produtos e serviços? Quais os potenciais riscos?	Legal Financeira
Valorização	Para determinar uma valoração apropriada da empresa e/ ou transacção e identificar os potenciais riscos	Quais as receitas, se algumas, de onde derivam? Qual o valor dos activos? Quais as responsabilidades e despesas? Qual o mercado para os seus bens e serviços? Há alguma oportunidade de crescimento? Quais os riscos financeiros?	Legal Financeira
Pessoal	Para identificar o pessoal-chave e a sua capacidade de operar no mercado	Quem é o pessoal-chave e como e quão bem dirigiram eles as operações comerciais? Qual a experiência de trabalho? Quais os riscos mais significativos?	Legal Financeira

¹⁹⁹ *Idem*, p. 14.

2.2. Características: Qual o momento adequado para a sua realização, quanto tempo é necessário, onde e como?

Estas são as perguntas básicas que se devem fazer para melhor ficarmos a conhecer este procedimento.

A Autora ANA M. MARTOS MARTÍN esclarece que uma *Due Diligence* se inicia, normalmente, depois do acordo de intenções entre as partes, momento em que ficou estabelecida documentalmente a boa-fé das partes em levar a cabo uma transacção satisfatória para ambas, sujeita aos resultados da própria *Due Diligence* (ou pelo menos assim deveria ser). Este é também o momento, a partir do qual, o vendedor está disposto a permitir o acesso à informação confidencial. Em função das características do processo, aberto ou não a um ou a vários potenciais compradores, o acesso à informação confidencial será mais ou menos limitado²⁰⁰.

Quanto à sua duração, uma *Due Diligence* variará e, em certos casos, pode coincidir com outras fases do processo como o início da negociação do contrato de compra e venda, se bem que o ideal é dispor dos resultados de uma *Due Diligence* antes de se iniciar a fase de negociação²⁰¹.

Por outro lado, ANA M. MARTOS MARTÍN²⁰² explica que uma *Due Diligence* não se realiza sempre da mesma forma. O “*trabalho de campo*” pode variar, dependendo das particularidades do processo. Assim, o trabalho e consequentemente, os resultados de uma *Due Diligence* variam, consoante elas tenham lugar nos escritórios das empresas-alvo, nos escritórios do assessor ou ainda, por via do estabelecimento de um “*Data Room*”, que já veremos do que se trata, em seguida.

Por norma, uma *Due Diligence* é realizada nos escritórios da *empresa target*, onde se obterá a informação solicitada previamente por esta. É aqui também que se levará a cabo todo o trabalho de análise, bem como as reuniões que se estimem oportunas com os membros da Direcção e com outros funcionários da “*empresa-objectivo*” ou *target*, que sejam necessários. Porém, em algumas situações, por motivos de confidencialidade do processo, quer a nível interno quer a nível externo,

²⁰⁰ MARTÍN, Ana M. Martos - *La Due Diligence Financiera, El paso previo a la adquisición de una empresa*, Profit Editorial, 2013, p. 20.

²⁰¹ *Ibidem*.

²⁰² *Idem*, pp. 22 e ss..

o “trabalho de campo” levado a cabo pelo assessor, tem lugar no seu próprio escritório. Neste caso, a informação é enviada electronicamente, é analisada nos escritórios do assessor e, em função da disponibilidade dos interlocutores, estabelecem-se horários para manter conversações telefónicas ou reuniões físicas para comentar a informação ou a análise realizada e solicitar informação adicional. Se a disponibilidade dos interlocutores for limitada, é muito importante priorizar os aspectos a tratar em cada conversação ou reunião para evitar a omissão dos aspectos chave.

Por último, quanto aos “*Data Room*”, podemos afirmar que a sua existência está vinculada ao facto do processo estar ainda aberto a vários possíveis compradores (o que se conhece como processo de “leilão”) e através da análise da sua informação, espera-se a apresentação de ofertas vinculantes, através do qual os vendedores decidem seguir em frente com o processo, mas agora com um único candidato.

Hoje em dia, os “*Data Room*” são maioritariamente virtuais. Os assessores do vendedor ou outras empresas especializadas preparam toda a informação, digitalizam, classificam e põem à disposição das pessoas previamente autorizadas através de espaços na rede especializados para o efeito.

2.3. Função

Sabendo agora o que é este procedimento, cumpre definir o seu propósito.

Hoje em dia é possível caracterizarmos, em termos multidisciplinares, a real situação de uma empresa, ou seja, é possível identificarmos as suas eventuais fragilidades e contingências, bem como as oportunidades a considerar. Ora, recorrendo agora a uma linguagem médica, podemos afirmar que uma vez identificados os primeiros sintomas de debilidade económico-financeira de uma empresa, é decisivo apurar as causas que lhe estão subjacentes. É precisamente para realizar o “diagnóstico” da empresa doente, que se utiliza habitualmente o procedimento de *Due Diligence*. Neste seguimento, trata-se de um processo que tem como finalidade analisar e avaliar detalhadamente informações e documentos de uma determinada sociedade e/ ou do seu activo, tendo em vista o apuramento da respectiva realidade jurídica, económico-financeira e/ou laboral, a fim de permitir uma tomada de decisão sobre as medidas mais adequadas à sua preservação. É um trabalho de

natureza complexa e, por isso mesmo, carece de uma entreeajuda ou, mais correctamente, da colaboração entre vários profissionais. Não bastando, o sucesso destas diligências depende em grande medida da transparência e fidedignidade da informação disponível, bem como da colaboração e convergência funcional os seus principais responsáveis²⁰³.

Nas palavras de ANA M. MARTOS MARTÍN²⁰⁴ a *Due Diligence* permite-nos conhecer em profundidade o negócio que se pretende adquirir, os seus fluxos de caixa (os chamados «*cash flows*»), os seus benefícios e até os riscos que acarretam. Há uma identificação de aspectos que afectam a valoração da empresa e podem levar a reformular não só o seu valor, mas também aspectos que podem chegar a presumir autênticos factos que impeçam levar a cabo a transacção- o que se conhece em termos anglo-saxónicos como *Deal Breakers*²⁰⁵. A *Due Diligence* pode, porquanto, por à vista certos aspectos inesperados que devam ser tratados previamente ao acordo entre as partes, sejam eles *financeiros*²⁰⁶, *legais*²⁰⁷, *fiscais*²⁰⁸, *ambientais*²⁰⁹, *técnicos*²¹⁰ ou *comerciais*²¹¹.

Assim, a informação obtida será usada pelo comprador na negociação do contrato de compra e venda com o vendedor, podendo usar as seguintes estratégias

²⁰³ SUBTIL, António Raposo - *Guia prático da Recuperação e Revitalização de Empresas*, Vida Económica, 2ª edição, p. 29.

²⁰⁴ MARTÍN, Ana M. Martos - *La Due Diligence Financiera, El paso previo a la adquisición de una empresa*, Profit Editorial, 2013, pp. 17 e ss..

²⁰⁵ Facto que, em caso de se não resolver, pode causar a ruptura nas negociações de uma transacção in MARTÍN, Ana M. Martos - *La Due Diligence Financiera, El paso previo a la adquisición de una empresa*, Profit Editorial, 2013, p. 269.

²⁰⁶ A rentabilidade real provém de uma percentagem elevada de áreas de negócio que não são significativas para o comprador; a rentabilidade das operações ordinárias é menor à apresentada pelos compradores pela valoração de gastos de exploração como extraordinários; as necessidades de tesouraria pontuais estão acima das capacidades de financiamento disponíveis.

²⁰⁷ A titularidade das acções ou dos activos da empresa objecto de revisão é diferente de quem pretende levar a cabo a venda sem o consentimento dos titulares reais; conflitos laborais não são postos e conhecimento do possível comprador; litígios em curso ou problemas com os produtos da empresa cujo risco os vendedores não estão dispostos a garantir; relação não documentada com provedores e/ ou clientes; problemas com a titularidade da propriedade industrial.

²⁰⁸ Práticas fiscais arriscadas levadas a cabo no passado que o potencial comprador não está disposto a assumir, tanto por causa da exposição pública para o seu nome comercial como por causa das repercussões económicas que podem levar a um prejuízo para o seu investimento.

²⁰⁹ Práticas de eliminação de resíduos levadas a cabo no passado que deram origem a um dano ambiental que requer um investimento de dimensões não previstas pelos vendedores e que estes não estão dispostos a garantir.

²¹⁰ Características do processo de produção ou dos produtos comercializados incompatíveis com a estratégia do potencial comprador.

²¹¹ Concentração de clientes, volume de negócio elevado em países com alto risco; carência de novos produtos que renovem a oferta existente; falta de investimento em novos mercados; linhas de distribuição sujeitas a condições inaceitáveis para o comprador; força de vendas subutilizada e tão altamente especializadas que não existiriam sinergias com o comprador.

para encobrir os aspectos negativos detectados: incluir como condição precedente para o fecho da operação a solução de aspectos negativos; utilizar os aspectos negativos para ter uma posição de força e conseguir a melhora de outros acordos, por exemplo a redução do preço da compra; incluir no contrato de compra e venda manifestações por parte do vendedor sobre as que o comprador exigirá as garantias oportunas; quantificar as contingências e incluir cláusulas indemnizatórias adequadas conforme a natureza do risco, limites e quantias; incluir pactos de permanência e não competência postcontratual com pessoas relevantes para o negócio; utilização de *escrows* (retenções no preço que se vão liberando a medida que diminuem a exposição do risco em função do passo do tempo ou sujeita à consecução de determinados hiatos); modificar a estrutura da operação; retirar-se da negociação.

GORDON BING, esclarece que “a *Due Diligence* é normalmente conduzida durante o período posterior ao acordo preliminar e antes de se assinar o contrato e obter um vínculo”²¹². O seu objectivo primário é verificar se o negócio está ou não em condições em que se acreditava estar aquando da assinatura do acordo preliminar.

Neste seguimento, o Dr. ALBERTO MORI, sócio da “*Trench, Rossi e Watanabe & Associados*” de São Paulo, esclareceu numa apresentação jurídica para a CCFB (“*Câmara de Comércio França-Brasil*”) que a *Due Diligence* tem como finalidade fazer o “raio-x” da empresa ou negócio-alvo, isto é, verificar os seus activos e passivos, avaliando-se em que medida eles podem afectar o negócio, se positiva ou negativamente²¹³.

ANA M. MARTOS MARTÍN²¹⁴ defende que existem diferentes tipos de *Due Diligence*. Estes diferem consoante factores como: *a pessoa que recebe o documento e as áreas que se analisam*.

A) RECEPTOR DO DOCUMENTO

A *Due Diligence* pode ser dirigida ao comprador ou ao vendedor. Na primeira hipótese, a *Due Diligence* variará em função das necessidades e objectivos daquele,

²¹² BING, Gordon, pp. 1 “*Due Diligence is normally conducted during the period after reaching a preliminary agreement and before signing a binding contract*”- apud SALDANHA, Pedro Mallmann: “*Due Diligence: aspectos relativos ao passivo ambiental*”, p. 6.

²¹³ SALDANHA, Pedro Mallmann: “*Due Diligence: aspectos relativos ao passivo ambiental*”, p. 6.

²¹⁴ MARTÍN, Ana M. Martos - *La Due Diligence Financiera, El paso previo a la adquisición de una empresa*, Profit Editorial, 2013, pp. 45 e ss..

das características da transacção, da empresa-alvo e suas particularidades. Neste seguimento, podem distinguir-se os seguintes tipos de serviços: “*Data Room*”²¹⁵, “*Due Diligence* pré-aquisição”²¹⁶ e “*Due Diligence* pós-aquisição”²¹⁷. Na segunda hipótese, deparamo-nos com diferentes tipos de serviços que se podem prestar a um vendedor. Estes variam em função da extensão do alcance e os procedimentos requeridos pelo vendedor: *serviços limitados*²¹⁸, *serviços ao vendedor cujo produto*

²¹⁵ A assessoria nesta fase do processo de compra e venda caracteriza-se por ter um alcance limitado à informação disponível no Data Room. Assim, os processos em que a informação está disponível em “*Data Room*” costumam-se caracterizar pelo facto de a informação se encontrar à disposição de vários potenciais compradores, assim como por ter uma limitação temporal para a sua revisão (menos de cinco dias). Tendem a tratar-se de processos que se encontram em fase de leilão e que o vendedor não deseja por à disposição de vários compradores potenciais, mais do que uma informação limitada, cifrada em muitas ocasiões e que, em última instância, não prejudique gravemente a empresa target no facto em que se haja posto à disposição de concorrentes.

²¹⁶ É a forma mais habitual de *Due Diligence*. Neste caso, o comprador tenderá acesso total ou praticamente total à informação, baseando-se no que haja acordado com o vendedor. O alcance determinar-se-á em função da agenda do comprador enquanto o tipo de informação a apresentar ao comprador e a sua extensão pode variar consoante o momento em que se distribua durante o processo. Já voltaremos, mais adiante, a este ponto.

²¹⁷ Um comprador solicita este tipo de *Due Diligence* nos seguintes casos: em situações em que não tenha sido possível realizar uma *Due Diligence* com anterioridade à tomada de controlo. Neste caso, estaríamos perante um exemplo de *Due Diligence* completa (com as variações, claro, que se estimem oportunas segundo os objectivos do comprador, características da transacção), cujo produto final, se requiere habitualmente para apresentar ao Conselho de Administração e/ou por trocas na Direcção, na propriedade ou por acontecimentos ocorridos com posterioridade ao fecho da transacção que assim o requereram. Nestes casos, a informação deve adaptar-se à casuística que motivou o seu encargo; situações em que certas cláusulas do contrato de compra e venda o requerem. Pode tratar-se de determinar ajustes do preço, pagamentos diferidos, liberação de garantias e outros aspectos contemplados no contrato de compra e venda que requerem um cálculo ou procedimento determinado. Nestes casos, a assessoria limita-se a aspectos muito concretos, que devem estar perfeitamente definidos no alcance do trabalho e cujo reflexo numa informação deve estar limitado ao estabelecido na carta de encargos acordada com o comprador e que não deveria diferir do acordado; e ainda situações em que o encargo deriva de um processo de arbitragem ou de uma disputa entre as partes.

²¹⁸ Por vezes, solicita-se ao assessor a realização de determinados procedimentos com o objectivo de identificar antecipadamente certos aspectos que posteriormente poderiam ser identificados pelos compradores no decurso das suas investigações. Pode ser o caso de identificar aspectos não recorrentes ou diferenciar os resultados históricos por áreas de negócio.

Este produto costuma estar destinado ao vendedor exclusivamente, sendo da sua responsabilidade a distribuição de qualquer dos conteúdos da informação aos potenciais compradores.

não é distribuído a terceiros²¹⁹, assistência na segregação de estados financeiros («Carve-out»)²²⁰.

B) ÁREAS DE ANÁLISE

Como se disse anteriormente, uma *Due Diligence* deve ser multidisciplinar e, neste sentido, permitir uma análise e avaliação detalhada de vários aspectos que permitam traduzir a realidade da empresa. O seu objecto variará, assim, em função da concreta sociedade-alvo. Conforme o objectivo pretendido, deve versar sobre questões financeiras e/ou jurídicas. Além disso, ela terá de ser assegurada em função daquilo a que diga respeito, o que leva em muitos casos à contratação de peritos e consultores especializados. Todavia, cada *Due Diligence* varia não apenas consoante o objectivo pretendido, mas igualmente conforme o país onde é praticada. As suas práticas podem ser caracterizadas em duas formas. Por um lado, temos a chamada

²¹⁹ Trata-se de encargos em que o assessor leva a cabo um trabalho de investigação financeira cujo produto final proporciona ao vendedor para uso interno. Nestas situações, o vendedor utiliza o produto como se fosse uma informação elaborada internamente, de maneira que assume a responsabilidade do seu conteúdo em qualquer tipo de difusão que dessa informação possa fazer a terceiros através de materiais para incluir numa “Data Room”, memorandum ou outro tipo de informação. Este tipo de produto é conhecido na terminologia anglo-saxónica como White paper. Qualquer dos materiais que o vendedor distribua a terceiros não deve mencionar de maneira alguma o assessor que levou a cabo a análise, isto justifica-se porque o vendedor assume o trabalho realizado pelo assessor como sendo de si próprio.

O produto final proporcionado ao vendedor não tem por que materializar-se necessariamente numa informação escrita. Pode, igualmente, limitar-se a uma assessoria verbal. Por isto, é fundamental deixar claro na fase de planificação quais são as necessidades do vendedor e qual será a melhor forma de transmitir os resultados da assessoria resultantes da análise do assessor.

Contudo, de entre os casos em que se proporciona sempre uma informação escrita, podemos destacar as seguintes formas: um conjunto de “Memorandums” ou “*Due Diligence Repot*” e folhas de cálculo similares aos que façam parte do produto final numa *Due Diligence* de compra e venda; um conjunto de folhas de cálculo com ou sem comentários; comentários sobre a informação financeira; um resumo executivo;

Em qualquer caso, o White Paper deve conter uma informação objectiva, baseada nos factos apresentados e qualquer exposição ou apresentação do seu conteúdo a terceiros o realizará quem encarregou a sua elaboração sob sua inteira responsabilidade.

²²⁰ A separação de estados financeiros costuma ser levada a cabo para conhecer a capacidade de geração de caixa assim como os resultados, activos e passivos correspondentes a uma ou várias divisões ou linhas de negócio que pertencem a uma mesma sociedade legal no contexto de uma cisão potencial da actividade dessa divisão ou divisões – processo conhecido como Carve-out de estados financeiros. Nesse contexto, podem-se levar a cabo, entre outros, os seguintes serviços: ajudar a Direcção a recolher a informação necessária para prepara os estados financeiros de uma divisão, linha de negócio ou linha produtiva; ajudar a Direcção na determinação e cálculo de ajustes pro forma; assessorar a Direcção na interpretação de legislação e sua aplicação; dar apoio à Direcção na administração e/ ou execução do projecto de segregação com o objectivo de cumprir os objectivos da transacção.

Tal como ocorria no caso descrito anteriormente em relação com serviços ao vendedor do tipo White paper, a assessoria, seja de forma verbal ou escrita, em processos de segregação é da responsabilidade da Direcção da empresa que se encarrega a quem deve fazer a revisão para se assegurar que se ajusta às suas necessidades. Em nenhum caso a assessoria proporcionada num processo de separação dará uma opinião sobre parte ou a totalidade dos estados financeiros de uma unidade segregados.

“Anglo-Saxonica” que envolve uma *Due Diligence* legal e financeira, bem como uma significativa transparência entre as partes antes de se celebrar o contrato. O acordo é incorporado inteiramente em documentos que estabelecem os direitos e obrigações das partes. Por outro lado, contrariamente a esta prática, é aquela que é estabelecida no resto do mundo que envolve uma mais modesta preliminar *Due Diligence* com uma correspondente transparência limitada. O objectivo dos transaccionistas não ocidentais é contruir a confiança entre as partes, conduzindo a acordos provisórios. A estes, por sua vez, segue-se uma intensiva *Due Diligence*, culminando num acordo final²²¹.

Vejamos agora então o objectivo das suas diversas vertentes:

• *DUE DILIGENCE* FINANCEIRA («FINANCIAL *DUE DILIGENCE*»): Inclui a análise de todos os aspectos financeiros de uma empresa ou grupo de empresas, o que implica que se realize um apuramento exaustivo das contas, necessário obviamente para que se obtenha um retrato fiel da respectiva situação financeira. Tal passa por uma análise de balanços, do volume das dívidas e sua tipologia - curto, médio e longo prazo, as existências, o valor do passivo e do activo e a situação líquida²²². A análise pode ser de dados históricos (incluídos os indicadores mais recentes) e/ou projecções financeiras²²³.

O objectivo de uma *Due Diligence* deste tipo é observar e revisar os aspectos da informação financeira e comercial da empresa. Por forma a determinar o “preço justo”, o comprador ou o investidor devem valorizar os activos. Isto implica considerar os resultados de operação actuais e projectados da *empresa target*, tal como se encontram revelados nos seus estados financeiros – Estado de Resultados, Balanço Geral, Estado de Fluxos de Efectivo – assim como também as declarações

²²¹ ROSENBLOOM, Arthur H. (Ed.) – *Due Diligence for Global Deal Making*. N.Y., Bloomberg Press, 2002.

²²² SUBTIL, António Raposo - *Guia prático da Recuperação e Revitalização de Empresas*, Vida Económica, 2ª edição, p. 29.

²²³ MARTÍN, Ana M. Martos - *La Due Diligence Financiera, El paso previo a la adquisición de una empresa*, Profit Editorial, 2013, p. 51.

de impostos e outros documentos. É de rigor revisar o financiamento e estrutura de capital da empresa-target e avaliar os diferentes regimes contabilísticos e fiscais²²⁴.

Importa ressaltar que uma *Due Diligence* Financeira não é uma auditoria, como frequentemente se faz pensar. Mais adiante, desvendaremos a confusão que aqui se faz suscitar.

• *DUE DILIGENCE FISCAL* («*TAX DUE DILIGENCE*»): É através deste tipo de *Due Diligence* que é possível detectar eventuais riscos ou contingências fiscais. Não obstante, há quem lhe assinale uma dimensão “prospectiva”, pois poderá permitir uma correcta planificação fiscal da própria operação²²⁵. Inclui a análise de todos os impostos a que a empresa está sujeita. Assim, uma revisão de procedimentos fiscais para os impostos em curso não apresentados pode ajudar a detectar aspectos que se possam corrigir antes da apresentação dos impostos correspondentes e, deste modo, evitar futuras contingências²²⁶. Em termos mais pragmáticos, o que se pretende é, na verdade, apurar o impacto dos aspectos tributários na situação da empresa, tomando em linha de conta, designadamente, tributos directos e indirectos, dívidas tributárias e à segurança social e pedidos de reembolso de tributos eventualmente realizados. No fundo, pretende-se evitar que alguma dívida tributária possa ser ocultada pela empresa ou alertar-se para possíveis propostas de ajuda no caso de problemas tributários²²⁷

• *DUE DILIGENCE LEGAL* («*LEGAL DUE DILIGENCE*»): Normalmente a cargo de sociedades de advogados e tendo por objecto o exame, desde logo, da “estrutura” jurídica da sociedade-alvo, nomeadamente no que respeita à sua constituição, reduções ou aumento de capital, relações de coligação societária existentes, direitos inerentes às participações sociais a transacionar e livre transmissibilidade dessas participações. Também uma análise dos contratos mais relevantes para a empresa

²²⁴ LONDOÑO, Iván Darío Restrepo – “*Due Diligence* Financiera, una forma para garantizar la toma eficiente de decisiones en la adquisición de empresas” in *El Cuaderno*” – *Escuela de Ciencias Estratégicas* Vol. 2 N.º 4 (2008), Medellín – Colombia, Jul – Dic de 2008 ISSN: 2011-0170, p. 267.

²²⁵ HASSEL, Der Einfluss (...), cit. pp. 20-21.

²²⁶ MARTÍN, Ana M. Martos - *La Due Diligence Financiera, El paso previo a la adquisición de una empresa*, Profit Editorial, 2013, p. 51

²²⁷ LONDOÑO, Iván Darío Restrepo – “*Due Diligence* Financiera, una forma para garantizar la toma eficiente de decisiones en la adquisición de empresas” in *El Cuaderno* – *Escuela de Ciencias Estratégicas* Vol. 2 N.º 4 (2008), Medellín – Colombia, Jul – Dic de 2008 ISSN: 2011-0170, pp. 267.

societária-alvo é essencial- basta pensar na possível existência das cláusulas ditas “*change of control*” em certos contratos (como os de financiamento)²²⁸, que poderão conduzir à cessação dos mesmos por mor da projectada transmissão de participações sociais. Pretende-se, desta forma, que se estabeleça a validade das afirmações e informações do vendedor a respeito das constituições de licenças, empréstimos, litígios, situações com os trabalhadores, aditamentos contratuais, situação tributária, titularização de activos, propriedades e propriedades intelectuais²²⁹.

Uma revisão jurídica pode incluir aspectos como a revisão comercial ou societária, a revisão de aspectos laborais e da propriedade intelectual.

• *DUE DILIGENCE* COMERCIAL («*COMMERCIAL DUE DILIGENCE*»):

Uma *Due Diligence* comercial ou societária deve ter em consideração os cuidados a serem tomados na esfera da documentação e actos societários e respectivas contingências no âmbito contratual, nomeadamente em contratos de sociedade, actas da assembleia geral, do conselho da administração, procurações emitidas²³⁰, estatutos, acordos societários, titularidade das acções ou ainda sobre a titularidade de bens mobiliários e imobiliários²³¹.

• *DUE DILIGENCE* LABORAL («*LABOUR DUE DILIGENCE*»):

Por sua vez, a *Due Diligence* laboral tem por objectivo proporcionar uma visão detalhada sobre questões relacionadas com a estrutura de colaboradores da empresa, assumindo particular importância numa reestruturação, uma vez que a mesma poderá passar pela redução ou eliminação de sectores de actividade, determinando a extinção de postos de trabalho, despedimentos colectivos, tendo em vista a sua reorganização e a redução de custos²³². Por isso mesmo, uma revisão deste tipo deve incidir sobre

²²⁸ PULITANÒ - *La Due Diligence Légale*, cit., p. 128

²²⁹ LONDOÑO, Iván Darío Restrepo – “*Due Diligence* Financiera, una forma para garantizar la toma eficiente de decisiones en la adquisición de empresas” in *El Cuaderno – Escuela de Ciencias Estratégicas Vol. 2 N.º 4* (2008), Medellín – Colombia, Jul – Dic de 2008 ISSN: 2011-0170, pp. 267.

²³⁰ SUBTIL, António Raposo - *Guia prático da Recuperação e Revitalização de Empresas*, Vida Económica, 2ª edição, p. 30.

²³¹ MARTÍN, Ana M. Martos - *La Due Diligence Financiera, El paso previo a la adquisición de una empresa*, Profit Editorial, 2013, p. 51.

²³² SUBTIL, António Raposo - *Guia prático da Recuperação e Revitalização de Empresas*, Vida Económica, 2ª edição, p. 30.

contractos de alta direcção, política retributiva (especial consideração à retribuição variável e incentivos alongo prazo), seguros sociais, convenções colectivas, relações com sindicatos²³³.

• *DUE DILIGENCE AMBIENTAL* («ENVIRONMENTAL DUE DILIGENCE»): Uma *Due Diligence* ambiental pretende, tal como o próprio nome diz, incidir sobre as condições ambientais de unidades industriais ou propriedades²³⁴. RODRIGO SALES diz-nos que a *Due Diligence* ambiental se divide em três fases: em primeiro lugar, deve-se proceder a uma observação geral da empresa ou da propriedade objecto do negócio, uma análise dos seus documentos e condução de entrevistas que possam fornecer indicadores do histórico ambiental da unidade avaliada. Procura-se, com isto, identificar problemas ambientais que possam originar responsabilidade civil e criminal, por exemplo o tratamento, transporte e disposição inadequada de resíduos perigosos, acidentes ambientais, construções em desacordo com as normas de licenciamento. Pode suceder, efectivamente, que a empresa não cumpra as leis ambientais, a propriedade envolvida estar contaminada ou a empresa causar a contaminação em outras propriedades. Uma segunda fase destina-se a avaliar o próprio problema em si, concretamente considerado. Neste sentido, determina-se com precisão a existência ou não do problema e a sua extensão e na hipótese de ele realmente existir, procede-se à preparação de um relatório que indique os riscos ambientais existentes na unidade auditada e, se necessário, sugestões de possíveis planos que remedeiem o problema. Por fim, numa terceira fase, elabora-se, nas palavras do Autor, um “*plano de remediação*”²³⁵.

Posto isto, o papel de uma “*Environmental Due Diligence*” não se pode centrar senão numa tentativa de obtenção de uma estimativa dos passivos ambientais²³⁶, uma vez que o valor das desconformidades verificadas se mostra capaz de influenciar o valor final de uma transacção, por exemplo de compra e venda. Não se pode esquecer que a legislação em matéria ambiental é cada vez mais exigente quanto ao

²³³ MARTÍN, Ana M. Martos - *La Due Diligence Financiera, El paso previo a la adquisición de una empresa*, Profit Editorial, 2013, p. 51.

²³⁴ SALDANHA, Pedro Mallmann: “*Due Diligence: aspectos relativos ao passivo ambiental*”, p.18.

²³⁵ SALES, Rodrigo – “Auditoria Ambiental e seus aspectos jurídicos”, São Paulo, LTR, 2001, p. 108 in SALDANHA, Pedro Mallmann: “*Due Diligence: aspectos relativos ao passivo ambiental*, p. 18.

²³⁶ MORI, Alberto – “Afina o que é a *Due Diligence*”, São Paulo, out. 2001 v. 6, n.º 73, p. 3.

cumprimento das normas em todos os países do mundo e que o impacto de qualquer contingência pode afectar a continuidade do negócio²³⁷.

- *DUE DILIGENCE* OPERATIVA:

Este tipo de *Due Diligence* varia entre uma e outra empresa-target, mas geralmente do que se trata é avaliar a criação de novos produtos ou serviços, o comportamento dos mercados, a concorrência, as vendas, o recurso humano e o impacto ambiental²³⁸.

- *DUE DILIGENCE* CIRCUNSTANCIAL

O seu objectivo é identificar o risco real de assumir passivos devido às frequentes mudanças na lei.

Não obstante o supra exposto, as barreiras que dividem os diversos tipos de *Due Diligence* são bastante frágeis. Atentamos o seguinte exemplo: uma determinada empresa-alvo na China está a ser afectada por resíduos tóxicos. Ora, uma *Due Diligence* sobre este assunto irá envolver certamente aconselhamento jurídico por parte do investidor, uma vez que é importante que este compreenda as consequências de uma possível responsabilidade civil ou criminal que deste problema possa advir. Da mesma forma, profissionais financeiros poderão igualmente actuar nesta *Due Diligence*, na medida em que podem medir os presentes e futuros custos, por exemplo relativas a questões de *compliance*.

2.4. A *Due Diligence* financeira

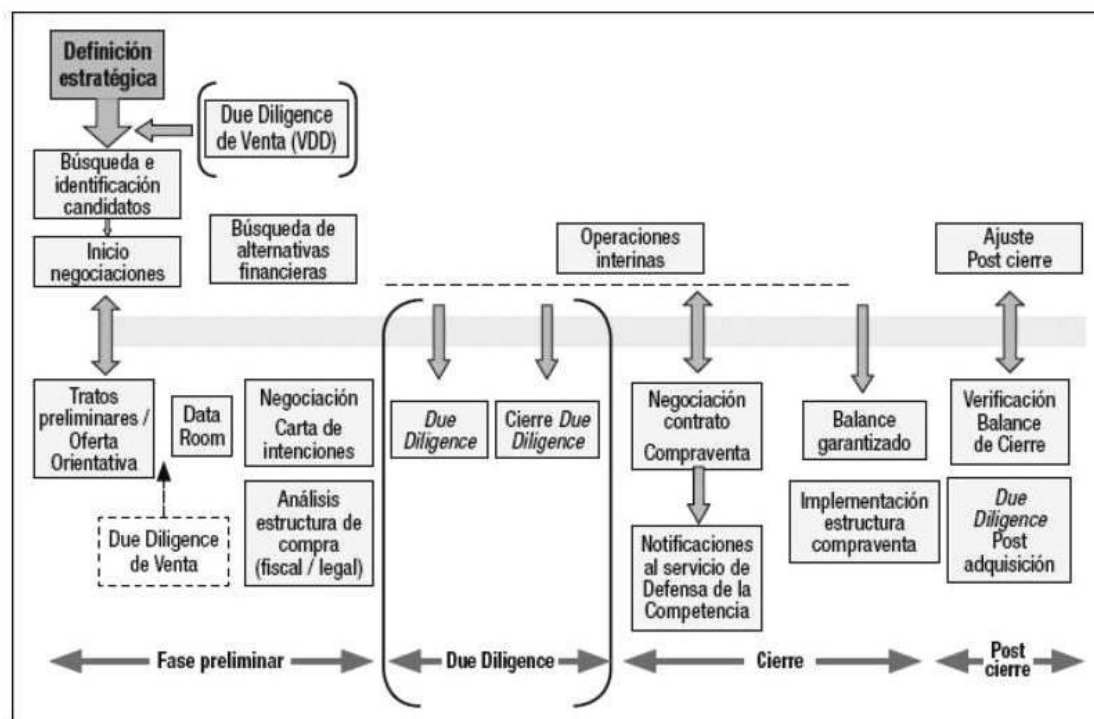
Neste diagrama *infra* podemos verificar as diferentes ações que se levam a cabo aquando da realização de uma *Due Diligence*, mais precisamente num processo de aquisição de empresas e a ordem com que habitualmente têm lugar. Neste sentido, e

²³⁷ MARTÍN, Ana M. Martos - *La Due Diligence Financiera, El paso previo a la adquisición de una empresa*, Profit Editorial, 2013, pp. 51 e 52.

²³⁸ LONDOÑO, Iván Darío Restrepo – “*Due Diligence* Financiera, una forma para garantizar la toma eficiente de decisiones en la adquisición de empresas” in *El Cuaderno – Escuela de Ciencias Estratégicas* Vol. 2 N.º 4 (2008), Medellín – Colombia, Jul – Dic de 2008 ISSN: 2011-0170, pp. 267.

tendo por base os ensinamentos da ilustre ANA M. MARTOS MARTÍN, importa fazer uma breve explicação acerca de cada um desses momentos:

Tabela 4 - Due Diligence Financeira: Fases do Processo²³⁹



1) Definição da Estratégia

Esta é a primeira fase do processo de aquisição. É aqui que tudo começa. Tal como em qualquer outro processo, a concepção de ideias é a primeira etapa. Nesta fase, o empresário, tendo em conta os seus objectivos, começa a dar forma à sua ideia primária. Neste sentido, inicia por definir uma estratégia de actuação que lhe permite cumprir com os seus objectivos estratégicos. Pode tratar-se de uma aquisição para incrementar a quota de mercado, de um desinvestimento para se concentrar no negócio principal e de uma aliança com outra sociedade para empreender planos de expansão em determinados mercados²⁴⁰.

²³⁹ MARTÍN, Ana M. Martos - *La Due Diligence Financiera, El paso previo a la adquisición de una empresa*, Profit Editorial, 2013, p. 27.

²⁴⁰ *Idem*, p. 28.

2) *Procura e identificação de potenciais candidatos*

O processo inicia-se com a procura de possíveis candidatos que possam satisfazer os objetivos estratégicos do comprador – ampliar a quota de mercado de um determinado sector, cobrir uma determinada área geográfica, incorporar novos produtos ou tecnologia avançada, complementar uma área de negócio, integrar-se verticalmente, desinvestir uma linha de negócio por não ser a principal, vender o negócio na sua totalidade para encarar possíveis problemas sucessão. Uma vez elaborada a lista preliminar com os candidatos potenciais, estudam-se as características de cada candidato, as sinergias que cada um apresenta com os objetivos estratégicos do comprador e se identifica um número reduzido de candidatos para iniciar os tratos preliminares.

É neste primeiro passo que se distinguem entre os “*targets*” (possíveis candidatos a ser comprados ou vendidos) ou “*investidores*” (possíveis candidatos a comprar uma empresa), uma vez que a procura de uns e outros dependerá de quem seja o actor proactivo no processo: o comprador que quer investir ou o vendedor que quer desinvestir numa determinada empresa²⁴¹.

3) *Início das negociações*

Os primeiros contactos com a lista inicial de candidatos potenciais permitirá averiguar se, de facto, a complementaridade de objetivos e expectativas é a desejada e ajudará a reduzi-la. Nesta fase, a informação proporcionada pelo vendedor aos potenciais investidores é reduzida e, normalmente, limita-se ao chamado “Perfil Cego”- em que não se pode identificar a empresa em venda, mas que contém a informação suficiente para que os potenciais investidores possam determinar o seu interesse ou não no processo. Aos interessados, irá pedir-se que assinem uma carta de confidencialidade em que se comprometerão a não fazer uso indevido da informação e a preservar a confidencialidade desta. Também é conhecida como “NDA” (*Non Disclosure Agreement*).

Depois de assinada a carta de confidencialidade, os candidatos seleccionados pelo vendedor poderão dispor do caderno de venda ou memorandum de informação-

²⁴¹ *Idem*, p. 28.

documento preparado por um assessor externo que abarca aspectos de negócio, de mercado e financeiros sobre a empresa *target*.

Ao finalizar esta fase, pedir-se-á aos candidatos que realizem uma oferta orientativa pelo *target*, também chamada “*oferta não vinculante*”.

Como vimos já anteriormente, existem processos que se caracterizam por serem abertos a um número elevado de potenciais investidores- leilões- em que haverá uma série de passos adicionais entre os quais se encontra a realização de duas fases de *Due Diligence*: Uma fase prévia, o “*Data Room*”: aqui terão acesso vários potenciais compradores que irão ter à disposição uma informação limitada que precederá à apresentação de ofertas vinculantes e uma fase posterior em que normalmente haverá acesso total à informação e em que participaram um ou dois candidatos exclusivamente depois do qual se negociará o contrato de compra e venda.

Nestes processos em que o comprador é o actor principal que se interessa por um *target* que, “*a priori*”, não está à venda, o início das negociações e o fluxo de informação trocado nos primeiros contactos pode ser ligeiramente diferente uma vez que o comprador potencial se interessa pela empresa que ele e os seus assessores tenham identificado e, por isso, poderiam conhecer em maior medida que num processo inverso²⁴².

4) *Procura de alternativas financeiras*

Paralelamente às fases anteriores, o comprador iniciará a procura de alternativas para financiar a operação.

O financiamento que o comprador necessita pode ter diversas fontes, como são as seguintes: empréstimo bancário; empréstimos não bancários como por exemplo através de linhas de financiamento público; entrada adicional de capital dos acionistas da empresa compradora em função da sua própria capacidade financeira; entrada de capital através da entrada de novos investidores ou potenciais interessados em acompanhar o vendedor na transacção proposta.

Em qualquer caso, a entidade financiadora, acionista ou investidor terá interesse em conhecer os detalhes da transacção proposta, pelo que é provável que,

²⁴² *Idem*, pp. 28 e 29.

independentemente de quem esteja encarregue da realização do relatório de *Due Diligence*, alguma das partes ou todas elas, solicitem o acesso a este relatório ou aos resultados deste como um passo prévio à consecução do financiamento²⁴³.

5) *Negociação: Carta de Intenções*

Uma vez revisto o “*Data Room*” ou qualquer outro tipo de informação fornecida ao potencial investidor após a apresentação da sua oferta orientativa, o potencial comprador e o vendedor deverão assinar um acordo pré-contratual em que se faz uma declaração de intenções que pode incluir os seguintes pontos: identificação do comprador, vendedor e target; tipo de aquisição ou percentagem da empresa target que se deseja adquirir; informação posta à disposição do potencial comprador em que se baseia a valoração e/ou oferta reflectida na carta de intenções; preço orientador (seja fixo ou variável em função de um ou vários parâmetros) que o potencial comprador está disposto a oferecer, está sujeito a determinados factores como: a realização de uma *Due Diligence* em determinadas áreas que se possam/devam enumerar; condições da oferta: por exemplo, preço por x% de ações, livre de dívidas e tesouraria; obtenção de autorizações permanentes (organismo de defesa da competência ou outros); cláusula de confidencialidade sobre a informação fornecida; possibilidade de dar por terminado o acordo em função dos factos que se detetem durante as investigações a realizar; determinação da exclusividade do acordo; período estabelecido para a aceitação do acordo; período de validade do acordo assinado.

Este acordo é chamado de *Carta de Intenções*²⁴⁴ ou oferta vinculante. Há que destacar que pode haver ocasiões em que a não complexidade do processo pode requerer a a apresentação de uma oferta vinculante sem que tenha mediado previamente uma oferta orientadora²⁴⁵.

²⁴³ *Idem*, p. 28.

²⁴⁴ Também conhecido pelo seu termo em inglês LOI (*Letter of Intent*).

²⁴⁵ MARTÍN, Ana M. Martos - *La Due Diligence Financiera, El paso previo a la adquisición de una empresa*, Profit Editorial, 2013, p. 30.

6) *Análise da estrutura da operação*

Nesta fase, que é paralela à realização de todo o processo de *Due Diligence*, intervêm fundamentalmente peritos legais e fiscais que, em função das características do processo, dos objectivos estratégicos das partes, do território em que estejam domiciliados e/ ou levem a cabo a sua actividade, a parte compradora, a parte vendedora e o target, e da composição e antiguidade do accionista do target, entre outros aspectos, proporão uma ou várias alternativas para estruturar a operação. Conforme vá avançando o processo e se vão manifestando as descobertas fruto da *Due Diligence* realizada, a estrutura preliminar da operação ira-se modificando até chegar à sua forma final e ao seu reflexo no acordo de compra e venda.

7) *Due Diligence*²⁴⁶

Durante esta fase levam-se a cabo as investigações que se hajam acordado previamente entre o comprador, o vendedor e seus assessores. As investigações de carácter financeiro, fiscal e legal são imprescindíveis em qualquer processo de aquisição. Investigações de carácter ambiental, de mercado ou estratégicas, dependerão das características de cada processo ou *target*.

A duração do processo de *Due Diligence* pode ser variada e nem sempre depende somente da complexidade do *target* a investigar, mas também se vê condicionada por outros factores como a complexidade do processo, os prazos estabelecidos pelas partes do acordo com os seus interesses, a empatia entre as partes, a sazonalidade dele ou dos negócios.

Dependendo do tempo que ocorra entre a realização de uma *Due Diligence* e o encerramento da operação, especialmente nos casos em que a *Due Diligence* se tenha baseado em valores intermédios e, em embargo, a uma data próxima ao encerramento já se disponha de valores oficiais, se pode requerer a realização de uma atualização

²⁴⁶ Ainda que na tabela mostrada neste capítulo se centre num processo de compra e venda em que se leva a cabo unicamente uma *Due Diligence* de compra, por vezes, o vendedor pode ordenar a realização de uma *Due Diligence* de venda cuja preparação é prévia à assinatura de acordos pré-contratuais. Neste caso, uma vez assinada a carta de intenções, o comprador levará a cabo a *Due Diligence* de compra baseando-se no relatório de *Due Diligence* de Venda como passo prévio à emissão da sua oferta vinculante.

da *Due Diligence* como passo prévio às negociações do contrato de compra e venda²⁴⁷.

8) *Encerramento*

É a fase de apresentação de conclusões ao cliente. Os “leitores” do relatório de *Due Diligence* serão profissionais com cargos diferentes na hierarquia empresarial e terão conhecimentos específicos diversos das diferentes áreas revistas. Assim, é muito recomendável ter a oportunidade de apresentar os resultados da *Due Diligence* pondo ênfase no impacto que cada descoberta tiver no processo e dar oportunidade aos leitores de solucionar as suas dúvidas durante a apresentação de conclusões.

9) *Negociação do contrato de compra e venda*

Uma vez finalizada a fase de *Due Diligence*, irá ter lugar a negociação de todas as condições da compra e venda, nomeadamente o preço e os factores que o determinem, as garantias que se prestaram, a sua duração e como se irão liberando, a data de encerramento da transacção, a data a partir da qual as operações do target se realizarão por conta do comprador, etc.

Se assim for acordado, a colaboração do assessor encarregue de realizar a *Due Diligence* estender-se-á à revisão das cláusulas do contrato de compra e venda por forma a que se assegure que o impacto derivado das descobertas do seu trabalho se vejam adequadamente cobertas nas correspondentes cláusulas do contrato.

10) *Notificação ao Serviço de Defesa da Competência*

É necessário notificar este organismo cuja aprovação será fundamental para materializar a transacção. O contrato de compra e venda deverá incluir uma cláusula que condicione o aperfeiçoamento do contrato à resolução favorável desse organismo²⁴⁸.

²⁴⁷ *Idem*, pp. 31 e 32.

²⁴⁸ MARTÍN, Ana M. Martos - *La Due Diligence Financiera, El paso previo a la adquisición de una empresa*, Profit Editorial, 2013, p. 32.

11) Implementação da estrutura de compra e venda

Este passo inclui o que se conhece como o aperfeiçoamento do contrato em toda a sua extensão de maneira a que se materializem todos os acordos contratuais. Entre outros aspectos, encontram-se os de carácter financeiro relativos ao balanço de encerramento incluídos nos seguintes pontos.

12) Balanço garantido ou de encerramento

No contrato de compra e venda estabelecer-se-á a data de encerramento da transacção. O balanço encerrado a determinada data será a que estabeleça os activos e passivos a transferir, sendo a data de referência aquela a partir da qual as operações da empresa target passam a ser operações por conta do comprador²⁴⁹.

13) Verificação do balanço de encerramento

A verificação do balanço de encerramento é um trabalho a realizar pelos assessores financeiros que se encarregam de fazer as comprovações oportunas comparando o balanço de encerramento com os valores analisados durante a fase de *Due Diligence* e se encarregam de calcular ou rever cálculos dos ajustes ao preço que se hajam determinado no acordo de compra e venda²⁵⁰.

14) Due Diligence pós-aquisição

Esta *Due Diligence* é posterior à tomada de controlo e costuma ter lugar naqueles casos em que, por razões diversas, não se haja podido realizar uma *Due Diligence* prévia à assinatura do contrato de compra e venda. Em função do estabelecido nesse contrato ou, ou por sua vez, do estabelecido em qualquer acordo entre as partes, os resultados que derivem deste processo deveriam servir para ajustar o preço de compra e venda ou para reclamar compensações ao vendedor.

²⁴⁹ *Ibidem.*

²⁵⁰ *Idem*, p. 33

2.4.1. *Due Diligence* Financeira versus Auditoria

É comumente confundido uma *Due Diligence* Financeira com uma Auditoria. Para uma melhor compreensão acerca das suas diferenças, vejamos a tabela abaixo.

Tabela 4 – *Due Diligence* versus Auditoria²⁵¹

COMPARAÇÃO DE UMA AUDITORIA COM UMA <i>DUE DILIGENCE</i> FINANCEIRA		
	AUDITORIA	<i>DUE DILIGENCE</i>
ENFOQUE	Passado	Passado/Presente/Futuro
ALCANCE	Definido por regulação	Definido pelo cliente
ACESSO	Não restringido	Pode ser restringido
VERIFICAÇÃO	Provas substantivas	Verificação limitada
OPINIÃO	Formato regulado limitado	A história completa

O enfoque único de uma auditoria é dar uma opinião baseada em resultados de um período passado, ao contrário do de uma *Due Diligence*, que depende do daquilo que foi solicitado pelo investidor, podendo os resultados serem tanto baseados no passado, como no presente ou até mesmo futuro. Todavia, maioritariamente se requeiram resultados passados. Quanto ao alcance, sem dúvida alguma que o alcance de uma auditoria não está prescrito por requisitos profissionais. Por sua vez, numa *Due Diligence* há requisitos oficiais previamente solicitados por quem pretende investir, portanto o cliente, que têm de ser cumpridos. Relativamente ao acesso, enquanto uma Auditoria deve dar acesso total à equipa de profissionais que a realiza, numa *Due Diligence*, por uma razão de confidencialidade, o acesso é restritivo. Por sua vez quanto à verificação, uma auditoria implica provas substantivas e verificação da informação com as provas necessárias. Numa *Due Diligence*, apenas se verifica a informação que é crítica, como custos, pressupostos, acordos comerciais ou o que parece suspeito. Por fim, quanto à opinião, embora quer na Auditoria, quer numa *Due Diligence*, a opinião seja expressa num relatório, o da *Due Diligence* é substancialmente mais extenso. Tal justifica-se porque aqui se explica o que foi realizado, quem proporcionou a informação e como se chegaram aos resultados. Tal

²⁵¹ LONDOÑO, Iván Dário Restrepo – *Due Diligence Financeira*.....p. 268.

permite, indubitavelmente, reduzir o risco, uma vez que se permite explicar os resultados de forma concisa e efectiva²⁵².

Por tudo isto se pode concluir que uma *Due Diligence*, ainda que financeira, não é uma Auditoria, sendo o seu processo muito mais pormenorizado e evitando consequentemente mais riscos do que uma simples auditoria.

2.5. Fases do Processo

Como ensina IVÁN DARIO RESTREPO LONDOÑO²⁵³, é possível distinguirmos na *Due Diligence* quatro fases, que se desenvolvem a partir do momento em que uma empresa entra em negociações com a equipa de assessores até à sua conclusão.

1. FASE PRELIMINAR → 2. FASE DE INVESTIGAÇÃO → 3. FASE DE CONFIRMAÇÃO DE DADOS → 4. FASE DE ELABORAÇÃO DO RELATÓRIO DE *DUE DILIGENCE*

Vejamos agora em que consistem cada uma destas fases.

1. Fase Preliminar

Nesta fase, levam-se a cabo os primeiros contactos entre o assessor e o comprador ou o assessor e o vendedor. Estando ambas as partes “na estaca zero” é aqui que tem lugar a definição dos pontos primários do contracto. É nesta fase que as partes definem o tipo de transação que irá ser o objecto da *Due Diligence*. Assim, as partes introduzem a empresa *target*; apresentam orçamentos preliminares; delimitam objectivos estratégicos; abordam as áreas-chave que desejam analisar e identificam os possíveis “*deal breakers*” identificados até esse momento. No fundo, é aqui que o assessor levará a cabo a informação prévia, incluídos aspectos de gestão de risco associados à aceitação do encargo, a seleção de uma equipa de trabalho, a afectação de responsabilidades e a determinação do calendário.

²⁵² *Idem*, p. 269.

²⁵³ MARTÍN, Ana M. Martos - *La Due Diligence Financiera, El paso previo a la adquisición de una empresa*, Profit Editorial, 2013, pp. 20 até 44.

As partes necessitam de garantir que a informação financeira que possuem seja o mais precisa possível, não apenas para evitar pagar demasiado, mas também para garantir que os seus objectivos de governabilidade e administração são cumpridos.

O comprador deve especificar as linhas mestras do encargo e eleger os assessores. Por sua vez, o vendedor irá designar os trabalhadores ou os profissionais e técnicos externos integrantes da equipa que irão atender às petições de informação do comprador.

Nesta fase preliminar, deve saber-se dar resposta às seguintes questões:

- Compreensão do objectivo: quem compra? Porque compra? Como paga?
- Delimitação do alcance de trabalho para manter um equilíbrio suficiente entre um nível de risco, o tempo, os custos e os recursos disponíveis.
- Fixação de um cronograma de trabalho.
- Aceitação da proposta de serviços.

2. Fase de investigação

Esta é a fase em que se leva a cabo toda uma *Due Diligence*. Referindo-nos agora em especial a uma *Due Diligence* financeira, devem aqui ser analisados os seguintes aspectos: análise de resultados e posição financeira, sustentabilidade das rendas suportadas, contratos e compromissos a longo prazo, preço e cláusulas no contrato de compra e venda, dívidas, sustentabilidade das utilidades ou EBTIDA ("Lucros antes de juros, impostos, depreciação e amortização").

É efectivamente uma fase de recolha de informação, mantimento de conversações com os membros-chave da empresa ou linha de negócio objectivo da transacção e elaboração de análises necessários para levar a cabo o alcance definido no carderno de encargos.

É habitual que o vendedor requeira, à equipa de profissionais, um acordo de confidencialidade prévio à entrega de qualquer tipo de documentação. A assinatura de uma carta de confidencialidade também pode ter lugar num momento prévio, desde que tal seja pedido pela parte interessada: o comprador ou o vendedor.

3. Fase de confirmação de dados

À medida que se vai obtendo informação sobre os distintos aspectos da sociedade, deve-se ir analisando a sua transcendência jurídica. É comum que à medida que as informações vão sendo fornecidas, vão surgindo dúvidas que requerem oportunas explicações. Para tal, é apropriado estabelecer-se um calendário de reuniões.

4. Fase de emissão do relatório de *Due Diligence*

Por fim, temos na fase do encerramento, apresentam-se os resultados ao cliente. O resultado da informação recolhida e a sua análise legal fica documentado num relatório, onde se incluem as análises realizadas, assim como os fatores-chave detectados nessa mesma investigação.

O formato de um relatório é variável. Por norma, o relatório divide-se nas seguintes partes: breve introdução sobre o objecto, alcance e razão do trabalho levado a cabo e um resumo com o objectivo de dar a conhecer ao comprador os principais aspectos que devem reter a sua atenção. O corpo do relatório é dividido em cada uma das áreas que tenham sido analisadas, seguindo a mesma ordem que o questionário preliminar. Dentro de cada capítulo deve incluir-se um resumo de elemento examinado (activos, imoveis, contratos, etc), a relação de documentação e informação utilizada para seu exame e, naturalmente, uma análise legal do aspecto em questão.

Na parte final do relatório ou no final de cada capítulo, resumem-se as principais irregularidades ou aspectos negativos detectados, problemas potenciais (os chamados “*deal breakers*”), as suas eventuais consequências e, sempre que possível, as possibilidades para os solucionar antes da consumação do negócio.

Quanto aos custos de uma *Due Diligence*, diga-se que estes podem ser um processo bastante dispendioso, no entanto, empreende-lo deverá trazer vantagens que compensem o seu custo.

2.6. Assessores que intervêm num processo de *Due Diligence* e funções desenvolvidas

Para que seja possível a realização de uma *Due Diligence* é indispensável o envolvimento de um grupo de profissionais perfeitamente especializados, aos quais temos vindo a chamar de “assessores”. Importa ressaltar a participação de auditorias fiscais, cuja revisão se concentra em informações financeiras e os advogados, a quem cabe verificar a situação jurídica do negócio, actuando sempre para que todas as precauções legais necessárias à operação sejam atendidas²⁵⁴.

Sendo considerada um serviço, a *Due Diligence* é levada a cabo por um grupo interdisciplinar de profissionais, desde especialistas legais, contabilistas, financeiros, tributários, que desenvolvem certas fases ou etapas, a saber:

- Análise de informação contabilística.
- Avaliação económico-financeira.
- Identificação de riscos significativos e medidas adoptadas para os mitigar.
- Análise jurídica da sociedade, incluindo tanto a sua estrutura e constituição como elementos internos – contratos, propriedades, garantias, situação laboral, entre outros.
- Análise da situação impositiva.
- Adicionalmente, o processo de investigação, análise e posteriormente o relatório elaborado, devem permitir à organização formular os seus princípios, intensificar a concorrência, o processo de controlo de acordo com a sua complexidade e baseado em resultados de alto rendimento; reformular a liderança; redefinir o mercado tendo em conta a tecnologia, os canais de distribuição e a importância da relação cliente-empresa y, por ultimo, redefinir “o mundo da organização” com base nas trocas da economia e as suas condições mundiais como a interconexão, as redes organizacionais e os novos modelos educativos.

Cada um dos assessores pode ser contratado ou pelo comprador ou pelo vendedor, variando as suas funções consoante a operação concreta (complexidade e

²⁵⁴ Rodrigo J. HOWARD relata que nos EUA esta operação, solicitada pela parte interessada em realizar a *Due Diligence*, é composta por assessores jurídicos, contabilistas, banqueiros de investimento e de outros consultores financeiros, consultores ambientais, especialistas em benefício do empregado, e outros especialistas, dependendo da indústria e do comprador.

volume da operação, tipo de negócio, conhecimento prévio das partes e/ou do negócio) e idealmente haverá diferentes profissionais assessorando os mesmos aspetos ao comprador e ao vendedor: desde advogados em que as negociações defendem os interesses diferentes de cada um dos seus clientes até, por exemplo, os assessores que levam a cabo uma *Due Diligence*, que podem realiza-la a pedido do comprador (*Due Diligence* de Compra) ou do vendedor (*Due Diligence* de Venda) sendo levada a cabo, nesse caso, por uma equipa multidisciplinar antes do início das negociações com os potenciais compradores²⁵⁵.

Em cada fase da aquisição o papel destes assessores pode variar. Por exemplo, o desenho da estrutura da operação pode ser elaborado antes do início do processo de aquisição pelos assessores dos vendedores, mas ser modificado ou proposto a modificar pelos assessores do comprador como consequência dos factos detetados durante a *Due Diligence*. Assim, a preparação do rascunho do contrato de compra e venda e dos contratos ou negociações iniciais sobre o conteúdo deste podem sobrepor-se com a realização da *Due Diligence* de compra²⁵⁶.

Alguns dos assessores que tipicamente intervém num processo de aquisição são os seguintes:

1) **M&A OU BANCO DE INVESTIMENTO**

Funções: Identificação da operação corporativa mais adequada às necessidades e objectivos estratégicos do cliente; procura e identificação de targets ou investidores; valoração da empresa; elaboração de documentação do processo: perfil cego e caderno de venda ou memorandum de informação; início das negociações; assessoria em acordos pré-contratuais; procura de alternativas de financiamento num processo de compra, expansão ou crescimento; gestão de ofertas não vinculantes; gestão do processo de fornecimento de informação via *Data Room*; Revisão de ofertas vinculantes; Gestão do processo de *Due Diligence* com o candidato escolhido; negociação do contrato de compra e venda; encerramento da operação; assessoria em saídas ao MAB ou bolsa; assessoria em processos de reestruturação; assessoria em refinanciamentos; assessoria à empresa familiar: sucessão, protocolos familiares, etc;

²⁵⁵ Ver capítulo 2 – “Tipos de *Due Diligence* a realizar”, onde trata da *Due Diligence* de Venda in MARTÍN, Ana M. Martos - *La Due Diligence Financiera, El paso previo a la adquisición de una empresa*, Profit Editorial, 2013, p. 35.

²⁵⁶ MARTÍN, Ana M. Martos - *La Due Diligence Financiera, El paso previo a la adquisición de una empresa*, Profit Editorial, 2013, p. 36.

elaboração de planos de negócio; análise de modelos financeiros; assistência na preparação de um *Roadshow*²⁵⁷;

2) BANCOS FINANCIADORES

Funções: Financiamento e estruturação da operação de financiamento²⁵⁸;

3) ASSESSOR FINANCEIRO

Funções: assessoria financeira; elaboração de uma *Due Diligence* financeira e de negócio; elaboração de uma *Due Diligence* comercial e de mercado; revisão de sistemas de informação financeira; elaboração de planos de negócio; análise de modelos financeiros; assessoria financeira no desenho dos mecanismos de ajuste ao preço; revisão do *Data Room*; Coordenação de equipas multidisciplinares na fase de *Due Diligence*; revisão das cláusulas do contrato de compra e venda com impacto financeiro; verificação de contas de encerramento; cálculo/ revisão de ajustes ao preço; assessoria no preço de integração e reorganização; revisões financeiras; assessoria em arbitragens; adaptação em planos de negócio pós-aquisição²⁵⁹.

4) ADVOGADO

Funções: assessoria jurídica nas negociações; negociação de acordos pré-contratuais- redacção da carta de intenções; análise/ desenho da estrutura jurídica da operação; assessoria legal em contratação de financiamento; redacção de contractos dos gerentes; elaboração de uma *Due Diligence* jurídica (Mercantil, Laboral, Imobiliária; de Propriedade Industrial); redacção e/ ou do contrato de compra e venda; negociação do contrato de compra e venda e suas garantias; reestruturação societária; assessoria laboral²⁶⁰.

²⁵⁷ *Idem*, pp. 33 e 34.

²⁵⁸ *Idem*, p. 35.

²⁵⁹ *Idem*, p. 34.

²⁶⁰ *Idem*, pp. 34 e 35.

5) ASSESSOR OU ADVOGADO ESPECIALIZADO NA ÁREA FISCAL

Funções: assessoria fiscal geral; análise/ desenho da estrutura fiscal da operação; elaboração de uma *Due Diligence* fiscal; análise do impacto fiscal de modelos financeiros, optimização fiscal do financiamento; implementação de estruturas fiscais; revisão das cláusulas fiscais do contrato de compra e venda; identificação de oportunidades de planificação fiscal pós-aquisição;

6) ASSESSOR AMBIENTAL

Funções: elaboração de uma DD de aspectos ambientais²⁶¹;

7) ASSESSOR DE PENSÕES

Funções: revisão dos fundos de pensões²⁶²;

8) ASSESSOR DE QUALIDADE

Funções: análise dos sistemas de gestão de qualidade; verificação das creditações de qualidade²⁶³.

9) ÁREA DE SISTEMAS DE INFORMAÇÃO

Funções: revisão dos procedimentos de controlo de Sistemas de Informação; análise dos serviços e aplicações que integram os Sistemas de Informação; identificação dos riscos e pontos débeis dos Sistemas de Informação; avaliação dos aspectos a ter em conta ao enfrentar uma integração de sistemas de informação entre as duas empresas envolvidas na transacção; avaliação da segurança e dos Sistemas de Informação²⁶⁴.

²⁶¹ *Idem*, p. 35.

²⁶² *Ibidem*.

²⁶³ *Ibidem*.

²⁶⁴ *Ibidem*.

CAPÍTULO III

FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE NA *DUE DILIGENCE*

3. A RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL DECORRENTE DA VIOLAÇÃO DOS DEVERES DA BOA-FÉ NA REALIZAÇÃO DE UMA *DUE DILIGENCE*

Chegados a este ponto e analisados dois temas de extrema importância, a Responsabilidade Pré-Contratual e a *Due Diligence*, podemos verificar que o seu estudo, em conjunto, nos permite perceber a problemática da responsabilidade pré-contratual que decorre da violação dos deveres da boa-fé na realização de uma *Due Diligence*.

Posto isto, podemos questionar-nos sobre o que sucede na hipótese de aquando da realização de uma *Due Diligence*, os deveres de informação daqui decorrentes prestados pelos assessores são violados, resultando danos de diferente natureza quer para o vendedor quer para o comprador - dependendo de quem ordenou a *Due Diligence*. E se estes danos derivarem, não de um simples lapso, mas de um comportamento doloso? Como se desencadeia esta responsabilidade?

Sobre esta temática, o Acórdão n.º 1209/09.7TBFIG.C1 ²⁶⁵ do Tribunal da Relação de Coimbra, de 6 de Março de 2012, diz-nos que para que seja configurada a responsabilização na fase pré-contratual é necessário a existência de quatro pressupostos de facto: “a criação de uma razoável confiança na conclusão do contrato; o carácter injustificado da ruptura das conversações ou negociações; a produção de um dano no património de uma das partes; a relação de causalidade entre este dano e a confiança suscitada”.

Quanto ao requisito da confiança professa ALMEIDA COSTA²⁶⁶ que não basta uma confiança que se configure como um simples estado psicológico ou convicção com puras raízes subjectivas. De forma semelhante, DANIELA FERREIRA CUNHA²⁶⁷ defende, citando o ensino de BAPTISTA MACHADO, que a confiança digna de tutela tem de radicar em algo de objectivo: numa conduta de alguém que de facto possa ser entendida como uma tomada de posição vinculante em relação a dada situação futura.

²⁶⁵ Disponível em www.dgsi.pt.

²⁶⁶ In *Responsabilidade Civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*, Reimpressão/1994, p. 57

²⁶⁷ CUNHA, Daniela Moura Ferreira – *Responsabilidade pré-contratual por ruptura de negociações*, Edições Almedina, Maio de 2006. p. 165.

Com efeito, pode alguém manifestar uma certa intenção, mas fazendo depender a realização da mesma da verificação de determinados pressupostos não permite que se considere o declarante vinculado. Doutro modo violar-se-ia o princípio da autonomia privada.

Como já tivemos ocasião de estudar, nas fases anteriores à celebração de um contrato, isto é, na fase negociatória e na fase decisória, o comportamento dos contraentes deverá pautar-se pelos cânones da lealdade e da probidade²⁶⁸. Sempre que isto não suceda, os cidadãos encontram os seus direitos protegidos pelo instituto da responsabilidade pré-contratual, que reflecte exactamente toda a preocupação do Direito em proteger a parte lesada com as negociações, em especial, a confiança depositada por cada um dos contraentes nas expectativas legítimas que o outro lhe crie, não só quanto à validade e eficácia do negócio, mas também quanto à sua futura celebração^{269/270}. A ilicitude nesta fase, a existir, terá necessariamente, de resultar da violação das regras da boa-fé e dos seus decorrentes deveres de informação. A responsabilidade pré-negocial não existe apenas quando as partes não adoptam um padrão de lisura, honestidade negocial, consideração dos interesses da contraparte, observando deveres de conduta compagináveis com a natureza do negócio em formação, mas também quando tendo aproximado pela via dessa negociação a conclusão do negócio, por facto que lhes é imputável, este já em fase adiantada, não é concluído.

Ora, é graças ao instituto da responsabilidade pré-contratual que hoje podemos concluir que aquele que interrompe as negociações ou recusa a conclusão de um contrato sem justo motivo, fica obrigado a reparar os danos sofridos pela outra parte com essa inesperada ruptura, podendo até fazer incorrer o respectivo autor em responsabilidade civil com a consequente obrigação de indemnizar os danos causados à contraparte.

Na fase pré-contratual e, no caso concreto das operações societárias, o alienante está obrigado a informar o adquirente sobre a situação da empresa de forma verdadeira e completa para que este possa formar a sua vontade de forma livre de vícios. Assim, apercebemo-nos da importância do dever de informação ao longo da

²⁶⁸ COSTA, Mário Júlio Almeida – *Direito das Obrigações*, 3.ª edição, Coimbra, Almedina, 2000, p. 224.

²⁶⁹ *Idem*, p. 225.

²⁷⁰ A este propósito, veja-se ainda o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. de 31/3/2004, Proc. 04A3348, em www.dgsi.pt.

realização de uma *Due Diligence*, uma vez que as informações obtidas neste procedimento serão fulcrais no sentido em que poderão influenciar o preço a ser pago, as cláusulas e garantias contratuais, e com isso determinar a vontade de o contratante concluir o negócio²⁷¹.

No caso dos deveres de probidade e informativos não serem cumpridos, por acção ou omissão, ensejarão a responsabilidade daquele que fornecer informações falsas ou inexactas, a omissão de esclarecimentos devidos a respeito de circunstâncias capazes de provocar a frustração do fim contratual. Importa ainda ressaltar que a estes elementos geradores de ilícito podem ainda ser-lhe somados um outro elemento, o dolo, que poderá, logicamente, agravar as consequências daquele do agente violador.

Desta forma, entendemos que a responsabilidade pré-contratual por violação do dever de informar pode estar intimamente relacionada com o dolo, sendo que uma das formas de descumprimento do dever de informar é justamente a omissão, que pode ser dolosa, sobre elementos que seriam impeditivos da validade ou da eficácia do contrato. Assim, apesar de não terem os contratantes, na fase das tratativas, deveres de prestação, têm, sim, deveres de protecção recíproca que, no caso de omissão dolosa na realização de *Due Diligence*, são quebrados e ensejam a responsabilização do agente causador do dano.

Um dos pontos centrais relativamente às consequências práticas da omissão dolosa ao longo de uma *Due Diligence* é a forma como essa falta de informações irá influenciar a manifestação de vontade do empreendedor no sentido de realizar o negócio ou operação, investindo capital e promovendo gastos, baseado na confiança e boa-fé do outro contraente²⁷².

²⁷¹ DÍEZ-PICAZO, Luís – *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. I. Madrid, Civitas, 5.ª ed., 1996, p. 278. Ver também Acórdão do STJ, Proc. n.º 3682/05.3TVSLB.L1.S1 de 31/3/2011.

²⁷² PANOSSO, Morgana Sucolotti – *A Responsabilidade pré-contratual por omissão dolosa na realização da Due Diligence societária*, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013, pp. 46 e 47.

3.1. A responsabilidade pré-contratual por omissão dos deveres de informação em caso de dolo

Na senda de EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA²⁷³ aprendemos que em situações de dolo (previsto no artigo 253.º n.º1 do CC), o erro em que incorre o declarante é proveniente de uma actuação enganadora ou, de má-fé da contraparte que, ao contratar, emprega qualquer sugestão ou artifício com a intenção ou a consciência de induzir ou manter em erro o declarante, ou de o dissimular, acabando o declarante por fazer uma declaração que não teria emitido se não fosse o comportamento doloso da contraparte. Estamos, pois, perante o “*dolus malus*”, um comportamento, positivo ou omissivo, tipicamente ilícito do ponto de vista pré-contratual e só este é determinante da anulabilidade do negócio. Ora, se dolo incide sobre o objecto do negócio, mais precisamente sobre a visão que as partes contratantes tem sobre ele e sendo o objecto do contrato obtido somente por conta da conduta dolosa, então o negócio poderá ser anulado.

Desta conjuntura podemos retirar duas consequências: por um lado, a anulabilidade do negócio, e por outro, a responsabilidade pré-contratual do autor do dolo, por ter dado origem à invalidade, com o seu comportamento contrário aos ditames da boa-fé, durante a fase da formação do negócio²⁷⁴.

EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, citando SINDE MONTEIRO refere que não obstante anulado o negócio pela vítima do dolo, poderão ainda existir danos a ressarcir, precisamente oriundos da anulação, como as despesas já realizadas, e do facto de se ter, eventualmente, perdido outras oportunidades de negociar por se pensar estar perante um negócio válido e conforme aos interesses da vítima do dolo²⁷⁵.

Além disso, a Autora²⁷⁶ destaca ainda a importância do facto de a responsabilidade pré-contratual poder ser arguida pela vítima do dolo ainda que não venha a anular o negócio. Tal como suceder por diversas razões: seja porque entretanto decorreu o prazo que lhe permitia fazê-lo, nos termos do artigo 287.º, seja porque, apesar do dolo, lhe interessa manter o negócio, preferindo ao invés da anulação uma indemnização

²⁷³ In *Responsabilidade pré-contratual por ruptura de negociações*, Edições Almedina, Maio de 2006. pp. 222 e ss..

²⁷⁴ PINTO, Carlos Alberto da Mota – *Teoria geral do Direito Civil*, p. 521 e BENATTI, Francesco – *A Responsabilidade Pré-Contratual*, Coimbra, Almedina, 1970, pp. 83 e 84.

²⁷⁵ SILVA, Eva Sónia Moreira da – *A Responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*, p. 223.

²⁷⁶ *Idem*, pp. 223 e ss..

ressarcitória dos danos que o dolo possa ter causado. Assim, apesar de o dolo ter sido determinante na conclusão do negócio, pode no entanto, não interessar ao “*deceptus*” a sua anulação- isto pode acontecer por, por exemplo, depois de realizado o negócio, em virtude do decorrer do tempo, ter-se tornado mais desvantajosa a anulação do que uma reestruturação do equilíbrio contratual, através de indemnização.

3.2. O *quantum* indemnizatório

Vamos agora analisar quais as consequências que podem decorrer da situação acima descrita. Com vimos, verificada a ruptura inesperada das negociações preliminares e sempre que esta contrarie a boa-fé esperada pelas partes, há que apurar em primeiro lugar se daqui nasce um prejuízo ou dano. Em segundo lugar é necessário apurar o tipo de dano, se patrimonial ou moral, e por fim, se a conduta dolosa é geradora de responsabilidade pré-contratual.

Pressupondo que o agente incorreu em responsabilidade pré-contratual e querendo agora ressarcir a parte lesada, a primeira tarefa a realizar é ir ao artigo onde esta matéria se encontra estipulada: o artigo 227.º. Contudo, este artigo não nos diz qual o regime a aplicar nestes casos. A ser assim, teremos que recorrer ao regime geral dos artigos 562.º a 564.º do CC, onde se encontram as regras para quaisquer formas de responsabilidade civil.

A indemnização deverá ser fixada em dinheiro sempre a que a sua reconstituição natural não seja possível, não repare integralmente os danos ou seja excessivamente onerosa para o devedor²⁷⁷, consistindo o seu princípio básico em que nela se abranjam todos os danos sofridos pelo lesado, desde que adequadamente ligados, por um nexo causal, ao facto gerador da responsabilidade²⁷⁸.

Porém, como se disse, há que averiguar se estes danos são patrimoniais ou não patrimoniais ou morais. Começando pelos danos não patrimoniais, o nosso CC consagra no seu artigo 496.º o regime respeitante a estes danos, dizendo no seu número 1 que apenas os danos que forem “*suficientemente graves*” e que “*mereçam*

²⁷⁷ *Idem*, p. 209.

²⁷⁸ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa n.º 2243/10.0YXLSB.L1-6, de 20/02/2014, disponível em www.dgsi.pt.

a tutela do direito” devem ser indemnizados. A este respeito, MARIA MANUEL VELOSO²⁷⁹ retira deste artigo apenas um requisito: a gravidade.

A grande discussão em torno destes danos prende-se com a possibilidade de este artigo, que se encontra na secção da responsabilidade extracontratual, se poder aplicar às situações de responsabilidade contratual. Neste sentido, podemos apontar três teorias: uma que afirma a aplicação exclusiva deste artigo às situações extracontratuais²⁸⁰; outra que apoia uma posição intermédia²⁸¹; e, por fim, uma que aceita a aplicação desta norma a toda e qualquer situação de responsabilidade civil²⁸².

Cremos que o artigo 496.º se deverá aplicar por analogia às situações de responsabilidade contratual. Se se considerar que nas situações em causa não existe uma analogia que justifique proceder àquela extensão, sempre se poderá retirar da norma em causa um princípio geral do Direito, tal como defende PINTO MONTEIRO²⁸³.

Em nossa opinião, não restam dúvidas de que na responsabilidade pré-contratual também os danos não patrimoniais devem ser indemnizados²⁸⁴ e isto independentemente de se considerar aquela responsabilidade como contratual, extracontratual ou uma pertencente a uma terceira via²⁸⁵.

²⁷⁹ VELOSO, Maria Manuel - *Danos não patrimoniais* in: Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p.100.

²⁸⁰ Apoiante desta ideia são ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA que começam por invocar um argumento sistemático - o artigo em causa encontra-se expressamente consagrado na matéria da responsabilidade extracontratual. A par disso, alegam que se a norma em causa se se aplicasse também às situações de responsabilidade contratual então existiria um infundável aumento de pretensões, já para não falar na perigosa susceptibilidade de se “comercializarem os valores morais”: VARELA, João Matos Antunes e LIMA Pires de, Código Civil; ob. Cit.; pp. 501 e 502; também Teixeira de Sousa recusa a aplicação daquele artigo às situações de responsabilidade contratual. No entanto, acaba por admitir que aqueles danos podem ser indemnizados em situações de “concurso de imputações”: VELOSO, Maria Manuel - *Danos...*, pp. 101 e 102; PEREIRA, Rui Soares, *A responsabilidade por danos não patrimoniais no cumprimento de obrigações no direito civil português*, pp. 250 e 251 e MONTEIRO, António Pinto, *Cláusula Penal e Indemnização*, pp. 31 a 34; nota (77).

²⁸¹ Defensor desta ideia é por exemplo RUI DE ALARCÃO, na medida em que afirma claramente que “a retenção a uma compensação por danos morais só pode, em princípio, ser feita no terreno delitual”: ALARCÃO, Rui de, “Direito...” pp. 177. Outros autores como RIBEIRO DE FARIA e SINDE MONTEIRO acabam por seguir semelhante posição: VELOSO, Maria Manuel - *Danos...* pp. 102 e 103; PEREIRA, Rui Soares - *A responsabilidade por danos não patrimoniais no cumprimento de obrigações no direito civil português*, pp. 252 e 253.

²⁸² SERRA, Adriano Vaz, Anotação ao Acórdão de 23 de Outubro de 1979, do Supremo Tribunal de Justiça; pp. 95 e 96.

²⁸³ MONTEIRO, António Pinto - *Cláusula penal e indemnização*, pp. 31 a 34; nota (77).

²⁸⁴ MARTINS, António Carvalho - *Responsabilidade Pré-Contratual*, p. 173; ALMEIDA, Mário Júlio, *Responsabilidade Civil*, p. 201.

²⁸⁵ PRATA, Frederico A. Cavaleiro - *Responsabilidade pré-contratual por ruptura ilegítima das negociações* [dissertação de mestrado apresentada na FDUC], 2014, pp. 116-7.

Quanto aos danos indemnizáveis, ANA PRATA²⁸⁶ chama-nos a atenção para a actual discussão da doutrina em torno da “natureza e extensão” destes danos: há autores que analisam a questão da indemnização de uma perspectiva da responsabilidade pré-contratual a um nível geral e outro que, face à ampla variedade de situações que se verifiquem no âmbito do artigo 227.º, perspectivam cada um dos casos suscetíveis de originar responsabilidade pré-contratual, de forma autónoma e específica. Podemos, no entanto dizer que a doutrina maioritária tende a considerar que, nas situações de responsabilidade pré-contratual há lugar, em regra, à indemnização pelo interesse contratual negativo.

A teoria do interesse contratual negativo surgiu devido ao estudo desenvolvido por JHERING. Como nos diz a Autora, “é a este que deve, no essencial, atribuir-se a ideia do dano negativo, pois é originalmente sua a ideia de que o lesante não poderia ser obrigado a indemnizar pelo equivalente da prestação prometida, já que sendo o contrato nulo, dele não emerge qualquer dever de cumprimento, apenas devendo ser colocado o lesado na situação em que se encontraria se não tivesse estipulado contrato algum”²⁸⁷. O trabalho de JHERING circunscrevia-se à hipótese de culpa “*in contrahendo*” devida às circunstâncias do surgimento de um contrato nulo, pelo qual inexistia um dever de cumprimento. Neste mesmo sentido, BENATTI diz-nos que “o dano a ressarcir coincide não com o interesse à execução, isto é com o interesse positivo, mas sim com o interesse à não conclusão do contrato, ou seja, com o interesse negativo”²⁸⁸. Assim, tornava-se bastante fácil uma distinção dos danos a ressarcir à luz das duas teorias. Contudo, hoje a problemática vai muito mais além do que o supra exposto, isto porque a responsabilidade pré-contratual para além da hipótese de invalidade de um contrato, mas igualmente em hipóteses de estipulação de um contrato válido, ou quando não se chegou a estipular contrato algum, ou seja, em caso de ruptura das negociações preliminares.²⁸⁹

Desta feita, para que possamos ter uma visão hodierna da teoria do interesse negativo, é necessário que se rompa com a ideia do pensamento aceite e incondicional de Jhering.²⁹⁰ Para tal, urge começarmos por perceber a simples ideia de que sempre que existe um dano a ser indemnizado, há que procurar um interesse jurídico que “é sempre

²⁸⁶ PRATA, Ana – *Notas sobre responsabilidade pré-contratual*, p. 16.

²⁸⁷ *Idem*, p. 181.

²⁸⁸ CUNHA, Daniela Moura Ferreira – *Responsabilidade pré-contratual por ruptura de negociações*, Edições Almedina, Maio de 2006. p. 181.

²⁸⁹ *Idem*, pp. 181 e 182.

²⁹⁰ *Idem*, p. 182.

aquilo que determinada comunidade considera digno de tutela jurídica” e este interesse, pode ser um interesse negativo, mas também pode ser um interesse positivo.²⁹¹

Quando se atende ao “*interesse negativo*”, pretendemos dizer que o que é ressarcível é apenas o dano resultante de violação da confiança de uma das partes na probidade e lisura do procedimento da outra, por ocasião dos preliminares e da formação do contrato. Quer isto dizer que se encara o prejuízo que o lesado evitaria se não houvesse, sem culpa sua, confiado em que durante as negociações, o responsável cumpriria os específicos deveres a ela inerentes e derivados do imperativo da boa-fé, máxime convencendo-se que a manifestação de vontade deste entraria no mundo jurídico tal como esperava ou que tinha entrado correcta e validamente²⁹².

Por sua vez, o “*interesse positivo*”, reconduz-se aos “danos que decorrem do não cumprimento do contrato ou cumprimento defeituoso ou tardio; trata-se da violação das respectivas prestações típicas ou principais, que podem, aliás, ser acompanhadas de deveres secundários ou, inclusive, laterais” (ALMEIDA COSTA, ob. e loc. cit.)²⁹³.

TRIMARCHI ensina-nos com um simples exemplo a distinguir estes dois tipos de interesses: “havendo que ressarcir os danos oriundos do abortamento de uma negociação relativa a um objecto de valor de € 500.000 (quinhentos mil euros), em que em virtude da negociação o lesado gastou € 50.000 (cinquenta mil euros) em viagens e perdeu a ocasião de vender a outro interessado o mesmo objecto por € 60.000 (seiscentos mil euros), tem-se que a tutela do interesse negativo abrange o preço das viagens e a diferença que o lesado perdeu porque deixou de vender o bem para o outro interessado, isto é, € 100.000 (cem mil euros), totalizando € 150.000 (cento e cinquenta mil euros). Ao contrário, o interesse positivo abarcaria o montante de € 500.000 (quinhentos mil euros), justamente porque relativo aos termos do contrato malogrado”.²⁹⁴

Ema vez entendidos, nestes termos, quer o dano de confiança (*in contraendo*) quer o dano de cumprimento (*in contractu*) e muito embora se deva fazer, sempre, uma análise a cada caso concreto que se visa tutelar, não há dúvidas que se depreende que a

²⁹¹ *Ibidem*.

²⁹² Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 1037/12.2TVLSB.L1-8, de 14/01/2016, disponível em www.dgsi.pt.

²⁹³ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (Processo n.º 08B2772), de 08/01/2009, disponível em www.dgsi.pt.

²⁹⁴ TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, p. 316, *apud* CUNHA, Daniela Moura Ferreira – *Responsabilidade pré-contratual por ruptura de negociações*, Edições Almedina, Maio de 2006. p 183.

responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações preparatórias actua nos limites do interesse negativo, em detrimento do interesse positivo²⁹⁵.

A nossa doutrina, pese embora uma falta de unanimidade acerca de qual das teorias esposar, podemos afirmar que parece que há uma maioria que se inclina para a vertente negativa. São, na verdade, vários os autores que advogam que a indemnização deverá ter como parâmetro o interesse contratual negativo, o que, naturalmente, exerce uma influência significativa na jurisprudência do nosso país. Veja-se.

OLIVEIRA DE ASCENSÃO defende “o interesse em fazer indemnizar os danos em que se incorreu por se ter celebrado um contrato inválido e não o interesse contratual positivo ou interesse no cumprimento”²⁹⁶. Não obstante, o Autor acrescenta que, apesar de a indemnização dever ser calculada tendo como critério o interesse negativo, pode suceder que esta venha a ser superior ao que seria se o cálculo fosse realizado tendo por base o interesse positivo, pelo que este último terá de ser o limite da indemnização, pois “o lesado poderá ficar em melhor situação do que estaria se o contrato tivesse sido validamente celebrado”²⁹⁷.

Da mesma forma, GALVÃO TELES defende que a responsabilidade pré-contratual tem por objecto os danos negativos, que defende como sendo “os danos que o interessado sofreu por ter deixado de ver satisfeito o seu interesse negativo”, o interesse em que as negociações não se frustrem e o contrato não deixe de ser celebrado. O que estaria em causa relativamente ao interesse positivo seria a responsabilidade contratual, a responsabilidade pelo não cumprimento e não a responsabilidade pré-contratual. No entanto, o Autor considera que danos negativos abrangem tanto os “*danos emergentes*”²⁹⁸ como os “*lucros cessantes*”²⁹⁹, nos termos do artigo 564.º, n.º1.

A este propósito, no nosso ordenamento jurídico, os danos, cuja indemnização se impõe ao contraente que, durante as negociações ou na formação do contrato, viola as regras da boa-fé, por força do n.º 1 do artigo 227.º do Código Civil, não se confundem com aqueles que, mercê do artigo 798.º do mesmo diploma, é responsável o devedor que

²⁹⁵ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 1037/12.2TVLSB.L1-8, de 14/01/2016, disponível em www.dgsi.pt.

²⁹⁶ SILVA, Eva Sónia Moreira da – *A responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*, p. 211.

²⁹⁷ *Ibidem*.

²⁹⁸ Por exemplo despesas inúteis por as negociações teres sido interrompidas ou o contrato ter sido declarado nulo ou ter sido anulado.

²⁹⁹ Por exemplo os ganhos que o comprador deixou de obter por não poder vender a mercadoria que adquiriu através de um negócio inválido.

falta culposamente ao cumprimento de um contrato válido e eficaz. Em qualquer dos casos há que reparar esses danos. Porém a sua identificação e quantificação apresentam autonomia. Do que resulta dos danos emergentes, a estes é atribuído um “prejuízo imediato sofrido pelo lesado”, enquanto que o lucro cessante abrange “as vantagens que deixaram de entrar no património do lesado em consequência da lesão”³⁰⁰.

A questão prende-se em saber em quanto se compatibilizam estes danos com o instituto da responsabilidade pré-contratual. De forma geral, acredita-se que ambos devem ser ressarcidos, uma vez que a indemnização deve ser efectuada nos termos gerais do artigo 564.º do CC.

Porém, se os primeiros- diga-se, os danos emergentes, não oferecem, via de regra, apreciáveis dificuldades práticas, uma vez que se tratam, no fundo, de despesas desnecessárias, normais e razoáveis, isto é, adequadamente efectuadas por causa das negociações; já os segundos- os lucros cessantes- pelo contrário, por envolverem a consideração das possíveis hipóteses que o sujeito, em face de quem se operou a ruptura ilegítima teria aproveitado se não estivesse envolvido naquelas que foram interrompidas, assim como das vantagens que daí lhe adviriam, já reclamam particulares cuidados, uma vez que é necessária uma sua delimitação no que reclama à fixação do “*quantum*” indemnizável.

VAZ SERRA^{301/302}, por sua vez, apresenta o mesmo critério, mas abre uma excepção à possibilidade do interesse negativo ser transposto pelo positivo. Diz-nos o Autor “o interesse negativo não pode exceder o positivo, uma vez que o prejudicado não deve ter o direito de obter uma situação mais favorável do que a que resultaria do cumprimento do contrato; mas se a culpa causar danos diferentes da perda da prestação contratual (v.g. teria sido concluído outro contrato mais favorável), afigura-se realmente legítimo que o prejudicado tenha direito ao interesse negativo, mesmo que este exceda o positivo, pois, não sendo assim, não seria reparável um dano que, por culpa da outra parte, lhe foi causado”.³⁰³

³⁰⁰ CUNHA, Daniela Moura Ferreira – *Responsabilidade pré-contratual por ruptura de negociações*, Edições Almedina, Maio de 2006, p. 200.

³⁰¹ SILVA, Eva Sónia Moreira da – *A responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*, pp 213 e seguintes.

³⁰² SERRA, VAZ - *Culpa do devedor ou do agente*, p.133.

³⁰³ CUNHA, Daniela Moura Ferreira – *Responsabilidade pré-contratual por ruptura de negociações*, Edições Almedina, Maio de 2006, p. 185.

Também ALMEIDA COSTA defende, o interesse negativo como critério de determinação da indemnização. Porém, defende-o numa perspectiva em que este se encontra limitado pelo interesse positivo nos casos de ruptura injustificada de negociações. Contudo, o Autor recorda que não pode fazer-se corresponder o interesse negativo à invalidade do negócio (dano da celebração) e o interesse positivo à sua validade (dano do não cumprimento). Este critério será insatisfatório devido à actual configuração abrangente da responsabilidade pré-contratual³⁰⁴.

MENEZES CORDEIRO entende que a indemnização deve ser determinada de acordo com as regras próprias da causalidade normativa, devendo ser determinados quais os bens protegidos pelo Princípio da Boa-Fé violado para poder elencar os danos sofridos. Tratando-se da violação da confiança suscitada nas negociações que tenha feito o contraente perder uma ocasião de negócio, o autor defende que a indemnização deve abranger o interesse positivo. Assim, a indemnização não deve ser determinada conceptualmente com base na culpa “*in contrahendo*”, mas considerando-se as regras gerais da Responsabilidade Civil³⁰⁵.

Na perspectiva dogmática que temos vindo a analisar até então, tem-se apenas considerando um dos tipos de casos em que pode existir responsabilidade pré-contratual: ou havendo ruptura injustificada das negociações ou existindo a celebração de um contrato inválido. No entanto, é possível defender-se que, em determinadas situações, como o da ruptura injustificada de negociações, considerando o princípio da autonomia privada, uma vez que não se pode a restauração natural (a celebração do contrato), igualmente não se poderia exigir que a indemnização por equivalente fosse pelo interesse positivo. O contrato nunca se celebrara logo o dano a indemnizar não seria o do não cumprimento. Quanto muito, a indemnização pelo interesse positivo seria o tecto máximo, o limite. Contudo, pode também defender-se o contrário: se o ilícito pré-contratual foi o causador da não celebração do contrato, o dano consistiria na sua não celebração, logo, o interesse a indemnizar seria o interesse positivo³⁰⁶.

De qualquer forma, tal não invalida que se entenda, em geral, que os danos a indemnizar, existindo responsabilidade pré-contratual, deverão ser, em princípio todos os

³⁰⁴ SILVA, Eva Sónia Moreira da – *A responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*, pp. 213 e ss..

³⁰⁵ *Idem*, p. 214.

³⁰⁶ SILVA, Eva Sónia Moreira da – *A responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*, p. 215.

danos resultantes da violação do princípio da Boa-Fé “*in contraendo*”. Depois, no caso concreto, é que será necessário quantificá-los³⁰⁷.

Aqui chegados, podemos então concluir que é possível encontrar responsabilidade pré-contratual tanto nos casos em que a violação e um dever de informação decorre do Princípio da Boa-Fé na fase das negociações, conduzindo à celebração de um contrato válido mas desvantajoso para o contraente “ignorante”, como nos casos de ruptura ou de celebração de negócios inválidos. Assim sendo, a única regra capaz de responder à questão de se saber como se deve quantificar a indemnização por responsabilidade pré-contratual, será regra geral. Na verdade, o artigo 227.º do CC não estabelece uma restrição quanto aos danos a serem indemnizados. Assim, seriam indemnizáveis todos os prejuízos sofridos, independentemente de se perspetivar “*a priori*” os limites estabelecidos entre as duas teorias em jogo³⁰⁸. Assim, à luz do entendimento hodierno, todos os danos deverão ser ressarcidos, de forma a colocar-se o lesado na situação em que se encontraria se não fosse o acto lesivo (a omissão da informação ou a transmissão da informação errada, de forma culposa, quando exista o dever de informar).

Em nossa opinião, é a teoria do interesse contratual negativo que mais se coaduna com o instituto da responsabilidade pré-contratual, sendo apenas ressarcível o dano resultante de violação da confiança de uma das partes na probidade e lisura do procedimento da outra, por ocasião dos preliminares e da formação do contrato. Porém, entendemos que possa hipoteticamente ser possível, em determinadas situações devidamente analisadas à luz do caso concreto, que a violação dos deveres de informação acarrete possa eventualmente atingir o interesse contratual positivo ou de cumprimento, sendo ressarcíveis os danos resultantes do não cumprimento ou do cumprimento defeituoso.

Não obstante o exposto, tendo por base o artigo 227.º do CC, cremos não haver razões para limitar os danos, uma vez que o próprio artigo não prevê qualquer regime especial, devendo-se, assim, aplicar o regime geral.

³⁰⁷ *Ibidem*.

³⁰⁸ CUNHA, Daniela Moura Ferreira – *Responsabilidade pré-contratual por ruptura de negociações*, Edições Almedina, Maio de 2006. p. 193.

Na senda de RITA AMARAL CABRAL, “à luz de uma dogmática mais moderna, a determinação dos prejuízos reparáveis deve operar-se em função do ilícito e do direito violado e sem referência limitativa a um interesse negativo”³⁰⁹.

Evidentemente que estes danos serão diferentes conforme o caso concreto, porém o essencial é os prejuízos derivados da ruptura de negociações se liguem, numa “relação etiológica”, à confiança. Quer isto dizer que se devem ter verificado “*depois*” e “*por causa*” da própria confiança do lesado, que alicerça a responsabilidade pré-contratual do lesante.³¹⁰ No entanto, não devemos perder de vista a ideia de que este conceito não deve atar as mãos do juiz no momento de determinar a indemnização: o montante dos danos é que será o critério.

Em síntese, não se busca encontrar uma solução definitiva de enquadrar o ressarcimento do dano pelo interesse positivo ou negativo, mas em função do ilícito e do direito violado e sem referência limitativa a um interesse negativo.

A indemnização pode, pois, compreender danos que representem desvalorizações ou perdas patrimoniais e danos que se configurem como não valorização ou frustrações de ganhos. Importante é que o núcleo dos danos ressarcíveis seja delimitado em função da sua ligação causal ao acto ilícito, o que tem como consequência que os danos indemnizáveis sejam apurados em concreto pela aplicação do critério de estabelecimento de tal ligação causal, podendo então concluir-se que eles são aqueles que doutrinariamente são caracterizados como negativos ou que são danos reconduzíveis ao âmbito dos chamados danos positivos³¹¹.

³⁰⁹ *Ibidem*.

³¹⁰ COSTA, Almeida in anotação ao Ac. do STJ de 5/2/1981 (Sá Gomes), RLJ citada (ano 116.º), pp. 151 e ss., mormente pp. 207 e 208- *apud* Acórdão do STJ n.º 3684/05.0TVLSB.L1.S1, de 14/07/2010.

³¹¹ CUNHA, Daniela Moura Ferreira – *Responsabilidade pré-contratual por ruptura de negociações*, Edições Almedina, Maio de 2006. p. 198.

CAPÍTULO IV

O CONTRATO E A ANÁLISE ECONÓMICA DO DIREITO

Uma vez estudado o tema em questão do ponto de vista jurídico, vamos agora tentar compreendê-lo de um ponto de vista económico. Do que se trata é, sobretudo, tentar aplicar os princípios da Análise Económica aos problemas do Direito.

4. Análise económica do contrato

4.1.O problema da racionalidade limitada

A discussão sobre a racionalidade dos agentes económicos centra-se em torno da *Teoria da Racionalidade Ilimitada* defendida pelos Neoclássicos e aplicada ao mercado financeiro através da *Hipótese dos Mercados Eficientes*, em contraposição aos autores Keneysianos, defensores da *Economia Comportamental*, tendo como base a racionalidade limitada dos agentes económicos. Esta é responsável pelo comportamento muitas vezes irracional dos investidores³¹² e consequentemente pela quebra dos contratos que originalmente se vincularam. Dentro deste contexto o objetivo do presente capítulo é compreender o comportamento dos contraentes, antes e durante a celebração de um contrato.

De facto, desde os últimos trinta anos que se têm dado os primeiros passos no desenvolvimento de uma espécie de “*Neurodireito*”, isto é, a aplicação dos préstimos da Neurologia à Ciência Jurídica. Desta forma, o Direito, em si mesmo considerado, tem vindo a ser complementado com contributos significativos trazidos por outras áreas como a Psicologia, as Neurociências e a Genética, dando origem à “*Bio-Behavioural Law and Economics*” ou “*Análise Económico Comportamental do Direito*”, em Portugal.

Com efeito, esta nova ciência – caracterizada por um tratamento ainda bastante escasso no nosso país - preocupa-se em ajudar a compreender o comportamento dos seres humanos, o porquê das suas escolhas. Ora, o que leva um determinado sujeito a preferir a opção A em vez da opção B? Serão as suas preferências motivadas por factores extrínsecos, como a publicidade, as críticas de outros consumidores ou até mesmo a própria moda? Terá o próprio Direito, enquanto ciência jurídica, alguma influência na sua

³¹² GONZALEZ, Raphaela Mattos; BASTOS Suzana Quinet de Andrade; e PEROBELLI, Fernanda Finotti – *Comportamento Dos Investidores Na Crise: Uma análise para o Brasil no período de 2005 a 2009*”, IV Encontro Internacional da Associação Keynesiana Brasileira (AKB), p. 1.

vertente punitiva? Ou serão as suas opções influenciadas por factores intrínsecos, próprios do ser humano, como os genes, por exemplo?

Não nos podemos descurar que o Direito parte e destina-se à conduta humana estabelecendo e regendo comportamentos de forma a prevenir e/ ou resolver conflitos e apelos reguladores³¹³. O Direito apresenta potencialidades significativas na “*arquitectura da escolha*”, em particular na fixação da escolha por defeito (“*default rule*”)³¹⁴. Desta forma, é fundamental o estudo e compreensão desses comportamentos, como se internalizam os valores jurídicos e tentar reduzir o/ou eliminar as tendências desviantes negativas através do sistema jurídico³¹⁵.

A Análise Económica *tradicional* assumia que os agentes económicos, à semelhança do que acontecia com os “*econos*”, se assemelhavam a um “*cyborg*” onisciente, controlado e frio, aparentemente imune à sua envolvimento e dirigido para a maximização do seu bem-estar (utilidade individual). Ora, a verdade é que este modelo não se coaduna com o homem de carne e osso que toma decisões todos os dias e que embora seja tendencial e maioritariamente racional, nem sempre actua de maneira conforme, pelo que os erros na estimativa dos seus comportamentos são inevitáveis e podem, consequentemente, ter custos inconjuráveis na tomada de decisão³¹⁶. Porém, contrariamente ao que acontece com os “*econos*”, os seres humanos são dotados de uma “racionalidade limitada”, o que faz como que movam os seus comportamentos consoante escolhas motivadas por interesses e incentivos. A lei, em particular, na sua vertente sancionatória, é um grande testemunho desta realidade, mostrando-se capaz de influenciar todos nós, enquanto indivíduos em que vivem em sociedade. O mesmo se passa com as empresas, determinadas a conseguir o máximo de lucro ao longo do tempo, ou seja, uma maximização deliberada do seu lucro.

Como afirma CARVALHO³¹⁷, “nas decisões de carácter económico, entram em jogo elementos incontroláveis, como os ensinamentos ou as intuições. Qualquer decisão é o resultado de uma série de etapas neuroracionais, da intervenção de numerosos factores

³¹³ SARAIVA, Rute - “Análise Económico-comportamental do Direito: Uma introdução” in *Estudos em Memória do Prof. Doutor J.L. Saldanha Sanches*, Volume I, Coimbra Editora, Setembro de 2011, p. 1111.

³¹⁴ THALER, R.H. e SUSTEIN C. R. (2009), pp. 26, 121 e ss in Rute Saraiva, *Idem*, p. 1112.

³¹⁵ JOLLS, C. (2007), p.18 in *Ibidem*.

³¹⁶ SARAIVA, Rute, “Análise Económico-comportamental do Direito: Uma introdução” in *Estudos em Memória do Prof. Doutor J.L. Saldanha Sanches*, Volume I, Coimbra Editora, Setembro de 2011, p. 1088.

³¹⁷ José Eduardo Carvalho (2009), *Neuroeconomia. Ensaio sobre a Sociobiologia do Comportamento*, Edições Sílabo, Lisboa, p. 13.

internos (biológicos) e externos (ambientais) e da influência das emoções ou dos sentimentos. Os factores emocionais ou sentimentais, conscientes ou não, representam por si só uma base indispensável para a racionalidade. O comportamento tem, portanto, como componentes, a cultura e os genes”.

A *escolha racional* consiste em encontrar a alternativa que melhor satisfaz os interesses do ser humano, enquanto ser tendencialmente insatisfeito e cujos anseios tentem a ser infinitos.

Com efeito, os agentes económicos, movem os seus comportamentos em função da *utilidade*, da satisfação, que a sua escolha, entre as várias alternativas que se lhe apresentam, lhe é capaz de proporcionar, isto é aquela que maximiza a sua utilidade. Por outras palavras, tendo que escolher entre duas alternativas, o indivíduo racional escolhe aquela que lhe irá proporcionar uma maior utilidade³¹⁸. Além do exposto, o agente económico apenas opta pela alternativa A ao invés da alternativa B, se a primeira lhe causar um maior benefício. Isto é, o agente económico opta por uma determinada opção *se os benefícios esperados superam os concomitantes custos*³¹⁹. Se uma empresa decide contratar outra empresa para que esta realize uma *Due Diligence*, é porque espera que os benefícios que daí decorram serão superiores aos custos que incorreu com aquela contratação. É o que em Economia se designa de “*custo de oportunidade*” – o custo de uma determinada opção é aquilo que se sacrifica por não escolher a mais favorável das alternativas disponíveis³²⁰.

“O princípio do custo-benefício é o pai de todas as ideias económicas: diz-nos que devemos empreender uma acção se – e apenas se – o benefício extra que tivermos com isso for superior ao correspondente custo adicional”³²¹.

³¹⁸ RODRIGUES, Vasco - *Análise Económica do Direito, Uma Introdução*, Almedina, Maio 2007: A utilidade é aqui um termo técnico que designa a satisfação que o indivíduo retira de uma dada situação, não tendo uma conotação exclusivamente material: é possível obter utilidade através do consumo de um alimento mas também é possível obtê-la por observação de uma obra de arte ou pelo mero conhecimento de que uma determinada paisagem natural permanece intacta, p. 13.

³¹⁹ *Ibidem*.

³²⁰ *Idem*, p. 14.

³²¹ FRANK, Robert H. – *O Economista natural – Em busca de explicações para enigmas do quotidiano*, Casa das letras, Maio, 2008, p. 27. O Autor ensina-nos na sua obra, nas páginas 27 e seguintes que este é um princípio que parece simples, porém nem sempre é fácil de aplicar. E dá alguns exemplos, que nos ajudam, a nós, leigos em Economia, a compreender este princípio. *Exemplo 1*. Imagine o leitor que está prestes a comprar um livro de 20 euros numa loja da faculdade, onde vive, quando um amigo lhe diz que o mesmo produto está disponível por 10 euros na FNAC, no centro da cidade. Irá à baixa comprá-lo ou vai adquiri-lo na loja da faculdade? É evidente que não existe uma resposta universalmente correcta ou errada. Cada um terá de pensar nos custos e benefícios relevantes. Todavia, a maioria das pessoas responde que compraria na FNAC. *Exemplo 2*. O leitor está prestes a adquirir um computador portátil por 2510 euros na

Os seres humanos demonstram igualmente uma força de vontade *limitada*, evidenciada por resoluções que tencionam cumprir, mas que amiúde, apesar das suas boas intenções, acaba-se por não se conseguir alcançar e manter o comportamento desejado. A título de exemplo observamos que é muito comum, particularmente no fim do ano, as pessoas fazerem resoluções “para o ano vou inscrever-me no ginásio”, e consequentemente, vemos as lojas logo no início do ano cheias de artigos para de ginásio para venda. Ora, o que acontece, na maioria dos casos é que chegados ao início do ano, as pessoas até se podem inscrever, mas quantas delas vão efectivamente ao ginásio?

Ora esta constatação acaba por levantar questões normativas, designadamente na construção de uma moldura jurídica que estimulam determinadas condutas tidas como desejáveis, quer pelas externalidades positivas que provocam, quer pelo sentido de correcção que, em regra, lhes subjaz³²². A título de exemplo, se tivéssemos leis que punissem o incumprimento contratual talvez este fosse uma realidade mais frequente.

Por outro lado, importa igualmente ressalvar a importância da *heurística da disponibilidade* no sentido em que a informação desempenha um papel determinante nas decisões dos seres humanos: aquilo que se sabe que os outros dizem ou fazem influencia as opções tomadas, não apenas por ser a informação disponível mas também por questões de reputação junto de outrem ou de reciprocidade. Desta forma, um correcto enquadramento legal pode contribuir para uma melhor hierarquização de prioridades³²³.

Por estes mesmos motivos se diz que a Economia tende a considerar que as pessoas são *egoístas*, na medida em que fazem escolhas pensando apenas na maximização da sua utilidade individual.

A título de exemplo, aquando da realização de uma *Due Diligence*, estamos perante dois sujeitos: a pessoa que fica incumbida de agir – o assessor ou o advogado – (chamar-

loja da faculdade. Pode comprá-lo na FNAC, na baixa, por 2500 euros (sendo a garantia a mesma independentemente do local de aquisição, em caso de avaria, haverá que enviá-lo ao fabricante para reparação). Onde compraria o computador? Desta vez, a maior parte dos inquiridos responderá na loja da universidade. Em si, a resposta não está errada – explica o Autor. No entanto, se perguntarmos o que uma pessoa *racional* deveria fazer nestes dois casos, o princípio do custo-benefício diz claramente que as duas respostas devem ser iguais. Afinal, o benefício de se ir à baixa é de 10 euros (o montante que se poupa) em ambos os casos. O custo respectivo é o valor que o leitor associar ao incómodo de se deslocar ao centro da cidade, o qual é o mesmo nas duas possibilidades. Ora, se o custo é o mesmo e o benefício também, a resposta também deveria ser idêntica. Contudo, a maioria das pessoas parece pensar que poupar 50 por cento na compra do livro na cidade terá, de alguma forma, maior benefício do que se economizar apenas 10 euros num computador portátil de 2010 euros.

³²² Saraiva, Rute – “Análise Económico-comportamental do Direito: Uma introdução” in *Estudos em Memória do Prof. Doutor J.L. Saldanha Sanches*, Volume I, Coimbra Editora, Setembro de 2011, p. 1093.

³²³ *Idem*, pp. 1096 e 1097.

lhe-emos o “agente”) por conta de outrem ou no interesse de outrem (chamar-lhe-emos o “principal”) em troca de uma contrapartida, em regra, uma remuneração incentivadora. Sucede que o “agente” pode, indo contra os princípios plasmados pela boa-fé objectiva, explorar uma margem de risco moral em seu próprio proveito e em detrimento daquele interesse pertencente a quem este deveria estar a agir – e pode efectivamente fazê-lo, desde que, a sua conduta seja inobservável pelo “principal”, ou sendo observável, seja inverificável (isto é, não seja invocável em juízo)³²⁴.

Estamos pois envoltos numa ideia da agência, protegida tal como o próprio nome diz pela *Teoria da Agência* que defende precisamente uma ideia de delegação, inerente ao fenómeno da divisão do trabalho e à necessidade de confiança que essa decisão reclama: alguém que não pode desempenhar uma função confia a outrem esse desempenho para que por essa via essa outra pessoa leve a cabo os seus interesses³²⁵.

Daqui podemos retirar a observância de dois problemas. De uma perspectiva jurídica, o problema principal é o da possibilidade de o agente extravasar das funções que lhe são cometidas, enquanto que do ponto de vista económico o que releva é o grau de esforço que os incentivos contratuais são ou não capazes de assegurar³²⁶.

Vamos agora procurar importar estes ensinamentos à figura contratual e extensivamente à responsabilidade pré-contratual. Abstraindo-nos agora do subjectivismo de uma análise puramente jurídica, vamos agora tentar perceber, com a ajuda dos ensinamentos da Análise Económica do Direito, o porquê do comportamento humano, quando alguém dolosamente não celebra um contrato que inicialmente se comprometeu. O que sucede quando duas partes assumem compromissos recíprocos que pretendem vinculativos, mas não os respeitam, criando prejuízos na contraparte?

4.2.O conceito económico do contrato

Em termos económicos, o termo contrato pretende designar, na sua acepção mais ampla, “um facilitador da circulação de titularidades de valores – entenda-se, de bens e serviços em direcção àqueles que revelem maior necessidade de obtê-los, permitindo noutros casos, atenta a liberdade de não contratar, a fruição de bens e serviços pelos seus

³²⁴ ARAÚJO, Fernando – *Teoria económica do contrato*, Almedina, Janeiro de 2007, pp. 596 e 597.

³²⁵ *Idem*, p. 597.

³²⁶ *Ibidem*.

titulares, livre de interferências externas - e de modos de governo conjunto de problemas atinentes ao conhecimento, ao poder e aos interesses”³²⁷. É precisamente nesta concepção descentralizadora e liberalizadora que tem pleno cabimento a afirmação da liberdade contratual e do carácter vinculativo das obrigações contratuais bem como as pré-contratuais, seja no sentido de liberdade de contratar e de não contratar, seja no sentido de preferência pelo contrato³²⁸. De uma forma mais restrita, o termo “contrato” é visto pela Ciência Económica como “um conjunto de compromissos interdependentes que gozam de algum tipo de protecção legal, sendo que em caso de incumprimento, a parte prejudicada pode recorrer ao Estado para, consoante as circunstâncias e o ordenamento jurídico, exigir o cumprimento, ressarcimento ou punição para o incumpridor”³²⁹.

O contrato é ainda visto como um instrumento maximizador do bem-estar. Neste entendimento, cada contrato espelha uma transacção, uma troca propiciada pela divergência de disposições negociais entre duas partes que embora tenham interesses contrapostos, tem objectivos complementares. É precisamente em virtude destas características que faz com que esta negociação se aproxime da *Teoria dos Jogos*, e portanto, do paradigma abstrato de um jogo³³⁰.

Esta é uma negociação *produtiva e solucionadora* (em contraposição com uma troca *redistributiva ou competitiva*³³¹) em que as partes acordam em preços objectivos, de mercado, ou outros pontos de referencia legalmente predispostos, de forma a partilharem o incremento de valor representado pela transferência do recurso para a outra parte mais disposta a pagar por ele. É precisamente nesta dimensão de negociação incrementadora de bem-estar e “*problem-solving*” que a mediação de regras jurídicas pode ser valiosa, seja no pressuposto de racionalidade e simetria informativa, seja no pressuposto inverso de racionalidade limitada e da assimetria informativa, caso em que se reclamará uma análise “*behaviorista*” e o eventual apoio rectificativo na lei³³².

³²⁷ ARAÚJO, Fernando – *Teoria económica do contrato*, Almedina, Janeiro, 2007, p. 18.

³²⁸ *Ibidem*.

³²⁹ RODRIGUES, Vasco – *Análise económica do Direito, Uma introdução*, Almedina, Maio, 2007, p. 123.

³³⁰ ARAÚJO, Fernando – *Teoria económica do contrato*, Almedina, Janeiro, 2007, pp. 45 e 46.

³³¹ *Ibidem*.

³³² *Ibidem*.

4.2.1. A *Due Diligence* como contrato

Aqui chegados, podemos deparar-nos com a seguinte questão: poderá a *Due Diligence* ser considerada também como um contrato? Na nossa opinião, a *Due Diligence* consiste num processo de análise, de recolha de informação, habitualmente realizado sobre uma empresa ou um imóvel *antes* de se proceder à sua compra, no sentido de se ficar com uma informação completa sobre o produto que se visa adquirir. Trata-se, pois, de um procedimento que antecede ou prepara a celebração de contratos ou negócios envolvendo, por exemplo, a fusão ou aquisição de empresas. Contudo, vimos já que a *Due Diligence* se aplica sobre muitas outras realidades, aplicando-se muitas vezes até no nosso dia-a-dia. Porém, ninguém vai contratar um Advogado para realizar uma *Due Diligence* aquando de compras básicas do nosso dia-a-dia ou de baixo valor. Provavelmente a despesa que acarreta em contratar um advogado não compensa o benefício que se tem ao ficar a saber tudo sobre aquele produto, pelo que nestas situações somos nós próprios que fazemos a *Due Diligence*, avaliando os prós e contras do produto em questão.

Numa outra perspectiva, podemos encarar a *Due Diligence* como um contrato, mas não um contrato em si mesmo considerado. Vejamos. Os "contratos de *Due Diligence*" são habitualmente considerados como contratos de prestação de serviços entre clientes, interessados na realização daquele "processo" e equipas profissionais especializadas escolhidas para tal tarefa, que podem ser empresas de auditoria ou escritórios de advogados, como sucede habitualmente. No fundo, funcionam como uma garantia para a realização daquele serviço. Como é evidente, este tipo de contratos apresenta, em si mesmo, riscos e vantagens que podem ser enquadrados, de um ponto de vista económico, pela referida "Análise Económica do Contrato".

Pois bem, neste sentido, vejamos a seguinte questão: o que leva um *CEO* de uma empresa a querer realizar uma *Due Diligence* antes de um contrato de fusão? Seguramente, espera que as vantagens que um relatório de *Due Diligence* lhe possam trazer, isto é, realizar um negócio sem riscos e sem desagradáveis surpresas, superem os custos incorridos. Se não considerasse que as vantagens seriam maiores que as desvantagens – o pagamento, as preocupações, os prazos -, certamente que não gastaria dinheiro com aquele procedimento e realizaria imediatamente o negócio principal, o contrato de fusão.

Muitas são as pessoas que são capazes de agir mais ou menos racionalmente, sendo que esta racionalidade pode ser comprometida por um conjunto de factores dos quais se destacariam a racionalidade limitada e a ignorância racional, redundando em erros sistémicos na formação da vontade e em desvios cumulativos no processamento da informação³³³. Assim, antes de avaliarmos o que leva uma pessoa a tomar uma decisão desta índole, é preciso avaliar quer a situação quer a própria pessoa antes de se fazer qualquer previsão comportamental”³³⁴.

Quem pretende celebrar um contrato e desconhece praticamente tudo acerca da fiabilidade da outra parte e não dispõe de particulares razões para confiar na tutela hétero disciplinadora do quadro normativo tem que ponderar as hipóteses que se lhe abrem. Se por um lado a decisão de não investir numa futura relação contratual lhe nega quaisquer ganhos, evitando também quaisquer perdas, por outro lado, se arriscar, ganha uma oportunidade, uma probabilidade, dependendo da atitude da outra parte. Se ambas as partes agirem honestamente, ambas alcançarão um excedente de bem-estar e ficarão melhor do que estavam antes do contrato – a menos que ocorram perturbações exógenas – e o somatório desses excedentes, o bem-estar total, será em princípio, maximizado. Pelo contrario, se a contraparte agir oportunisticamente fará perder, ao investidor inicial, parte do seu investimento ou mesmo a totalidade – sem excluir que possa causa-lhe danos adicionais, a juntar uma elevada probabilidade de incumprimento oportunista, gerando elevada probabilidade de tais perdas, levará a uma decisão inicial de não investimento, o somatório de ganhos e perdas resultantes do oportunismo, nunca excederá o bem-estar total correspondente ao cumprimento honesto, que embora podendo iguala-lo, ficará aquém dele, deixando pois de preencher os requisitos de eficiência peretiana³³⁵.

A própria estruturação dos contratos denota que se trata de desenvolver esforços, fazer investimentos – dos quais sobressai a *Due Diligence* – na perspectiva de uma gratificação diferida, que está distante, ou melhor dizendo, arriscadamente distante, reclamando-se por isso das partes que actuem com base na representação dessa gratificação, confiando que ela se verificará. Essa representação reclama experiência – na medida em que os contratos sejam rotineiros, cada um espera do novo contrato aproximadamente aquilo que alcanço em contratos anteriores - e reclama racionalidade,

³³³ ARAÚJO, Fernando - *Teoria económica do contrato*, p. 304.

³³⁴ LANGEVOORT, Donald – “The Behavioral Economics of Mergers and Acquisitions”, p. 66.

³³⁵ ARAÚJO, Fernando - *Teoria económica do Contrato*, p. 49.

nomeadamente no juízo sobre a esperança subjectiva dos vários desfechos contratuais possíveis, na deliberação de condutas simultaneamente adequadas aos objectivos contratuais e às expectativas da contraparte, na avaliação da conduta dessa contraparte, no doseamento de condutas de auto e hétero disciplina³³⁶.

Todos os produtores sejam eles ou não empresas, visam uma só e única realidade: a maximização do seu lucro. Na verdade, é este escopo que esgota objectivamente o ponto principal da sua racionalidade económica. Contudo, não se pode evitar que aqueles que dirigem as empresas, por força do seu poder, desvirtuem essa finalidade racional, ou não a desvirtuando, a subordine a outras finalidades da empresa que, mais ou menos racionais, não são em si mesmo finalidades da empresa, mas sim finalidades daqueles que se aproveitam dessa posição para em nome das empresas, desenvolverem os seus planos de realização pessoal, isto é, para darem largas às suas ambições³³⁷.

Mesmo que decidamos que alguns traços comportamentais como o excesso de confiança são prováveis de afectar a tomada de decisões, não há razão para automaticamente assumirmos que tal irá influenciar a escolha de uma empresa. Quase todas as importantes decisões de uma empresa seguem um processo, estando várias pessoas envolvidas e trabalhando maioritariamente em trabalho de equipa, em vários pequenos passos ao longo de um caminho³³⁸.

Muitos dos proprietários das grandes empresas dividem o seu trabalho com gestores especializados, que sabem ou passam a saber mais do que eles quanto a toda uma multiplicidade de dados e procedimentos requeridos para a maximização dos interesses sociais. Esses gestores – semelhantemente com o que sucede com os assessores ou advogados aquando de uma *Due Diligence* - ficam colocados numa posição de vantagem, verificando-se uma grande assimetria informativa que os privilegia face aos proprietários. Neste sentido, é legítimo perguntarmo-nos o que tem os gestores a ganhar ou perder com a diligência ou falta dela na promoção de interesses que não são, pelo menos inteiramente, os deles. Racionalmente é de esperar que os “agentes” – os gestores ou assessores no caso particular da *Due Diligence* – prossigam as suas próprias finalidades e imponham perdas e custos aos “principais” ou proprietários. O que sucede é que num ambiente de assimetria informativa, os resultados dos seus esforços poderão ter-se até certo ponto por

³³⁶ ARAÚJO, Fernando - *Teoria Económica do Contrato*, p. 305.

³³⁷ ARAÚJO, Fernando - *Introdução à Economia*, Coimbra, Almedina, Maio de 2002, p. 421.

³³⁸ LANGEVOORT, Donald – “The Behavioral Economics of Mergers and Acquisitions”, p. 66.

externalidades positivas, pelas quais eles não são inteiramente compensados, tendendo por isso a produzir esforço a menos. Capaz de reverter este comportamento seria um *sistema de incentivos* funcionando com o estabelecimento remunerações em função dos resultados, premiando-se os “agentes” pelo seu esforço, à semelhança do que acontece nos bónus e comissões pagos aos vendedores em função do preenchimento de certos objectivos de vendas³³⁹.

Insistamos que, em principio, a agitação no mercado de capitais resultante de grandes compras de empresas, se não estiver associada a um simples movimento de fusões e concentrações, haverá de representar uma tendência para a circulação dos recursos em direcção àqueles que são ou se sentem capazes de os otimizar, naquilo que representa uma tendência para a formação de um “mercado de empresários” no qual são especialmente procuradas as empresas com maior disparidade entre lucros realizados e lucros potenciais, as empresas menos eficientemente geridas, pela óptica da maximização dos lucros. Por mais falível que seja este mecanismo de mercado, ele é, todavia, certamente mais eficiente se se adoptar um sistema de incentivos, ao invés de todas as rectificações que se tem tentado introduzir na assimetria informativa, na atonicidade, na passividade que deixam os pequenos acionistas inteiramente à merce dos sócios controladores³⁴⁰.

A disciplina dos contratos há-de ser, portanto, um equilíbrio de interesses das partes contratantes, tomando apenas a decisão de contratar se e apenas se as consequências que derivem dessa decisão lhe trouxerem mais vantagens que desvantagens, e portanto, a maximização do seu bem-estar social. Mais do que isso, deverá existir igualmente um equilíbrio entre a segurança do credor e a liberdade do devedor, otimizado através da tutela do interesse contratual positivo.

4.3.O problema do cálculo indemnizatório: a complexidade prática da determinação do valor da indemnização

Tivemos já oportunidade de verificar que uma das consequências do incumprimento contratual poderá ser o pagamento de uma indemnização à parte lesada.

³³⁹ ARAÚJO, Fernando - *Introdução à Economia*, Coimbra, Almedina, Maio de 2002, p. 424.

³⁴⁰ *Idem*, p. 430.

Porém, como se averigua, na prática, o valor concreto de uma indemnização? Quais os factores a ter em consideração?

Supúnhamos que aquando da aquisição de uma sociedade, foi realizada uma *Due Diligence* por parte da empresa compradora. O que sucederá se a empresa encarregue de proceder à *Due Diligence* prestou dolosamente informações erróneas à empresa compradora, pagando esta um preço “injusto”, muito superior ao “preço justo”, com o fim último de se locupletar com o excedente deste valor³⁴¹. O que poderá a sociedade compradora pedir? A restituição do que pagou pela *Due Diligence*? Os custos totais que incorreu com a realização de uma *Due Diligence* e os danos morais (a título de «*reliance*»)? O valor que o resultado satisfatório teria para o comprador (a título de «*expectation*»)?

Uma vez que não existem, na realidade critérios para a avaliação dos danos em concreto, para que seja calculado um “preço justo” a título de indemnização, deverá ter-se em consideração³⁴²:

- **O Preço sucedâneo («*substitute price*»):** atribui-se à vítima do incumprimento uma quantia que lhe permita substituir a prestação em falta por outra. Neste caso, a indemnização que alcançaria a indiferença entre cumprimento e incumprimento, a tutela do interesse contratual positivo, há-de limitar-se à diferença entre o preço estabelecido no contrato e o preço a que no mercado foi obtido, ou poderia ser obtido, um sucedâneo no cumprimento.

³⁴¹ No Acórdão do Tribunal da Relação do Porto n.º RP201403241397/10.0TBPVZ.P1 de 24/03/2014 podemos constatar um exemplo verídico de um erro aquando da realização de uma *Due Diligence*, do qual se cita o resumo seguinte: “Encomendou à Ré realização de uma auditoria em matérias juridicamente relevantes – *Due Diligence* – e a elaboração do correspondente relatório, tendo por objecto a sociedade D..., S.A., tendo em vista fornecer aos interessados na aquisição desta empresa informação que lhes permitisse apurar o seu valor, sobretudo para efeitos de determinação do preço que estariam dispostos a pagar, auditoria que foi levada a cabo pela Ré e cujo relatório foi colocado à disposição daquele que viria a ser o seu comprador, a sociedade E..., do Grupo E1. Mais alegou que a Ré cumpriu defeituosamente a sua obrigação porquanto não identificou nem evidenciou no seu relatório de *Due Diligence*, assim como não o fez nos contactos que teve com os assessores do E..., qualquer contingência relativa ao facto de grande parte dos trabalhadores da D... nunca ter recebido diuturnidades. Alegou ainda que o comprador, depois de ter adquirido a quase totalidade das acções representativas do capital social da D..., foi confrontado com a existência de diuturnidades em dívida a muitos dos trabalhadores da D..., pelo que, considerando-se enganado pelo facto de, antes da celebração do contrato, não lhe ter sido prestada informação sobre a situação das diuturnidades, instaurou uma acção arbitral contra si pedindo que esta fosse condenada a pagar-lhe uma indemnização correspondente ao valor das diuturnidades em dívida, acrescido de outros montantes correspondentes a despesas conexas”.

³⁴² *Idem*, pp. 716 e ss..

- **O Excedente do consumidor perdido:** na falta de um sucedâneo no mercado – porque se trata de um bem de muito maior valor de uso do que valor de troca, ou porque estamos na presença de um «*thin market*», há a possibilidade de avaliar-se, ao menos em termos probabilísticos, a quota-parte de bem-estar que o lesado teria obtido através do cumprimento - e deixou de obter.
- **O Custo de oportunidade:** atribui-se à vítima do incumprimento a diferença de valor entre a melhor alternativa que estava disponível no momento da contratação e a alternativa efectivamente utilizada depois do incumprimento.
- **As Quantias desembolsadas** («*out-of-pocket costs*») dos investimentos de confiança – atribui-se ao lesado a diferença entre o montante de despesas “de confiança” em que incorreu e o valor residual desse investimento, o valor da parte que, não sendo específica, ainda pode ser recuperada através do mercado.
- **A perda de valor** («*diminished value*») – atribui-se à vítima do incumprimento a diferença entre o valor presente do objecto do contrato incumprido e o valor que esse objecto teria se o contrato tivesse sido pontualmente cumprido- casos de incumprimento parcial, em que o dano se cinge á diferença entre o valor esperado para o cumprimento e o valor real aquilo que foi efectivamente prestado.

A avaliação dos danos irá oscilar entre os polos de diminuição de valor de mercado do objecto devido (a reparação), por um lado, e o custo necessário para se fazer regressar o cumprimento das obrigações contratuais ao seu nível aceitável (a reconstituição), por outro.

CONCLUSÕES

O presente trabalho pretendeu estudar matérias que, embora pouco exploradas em Portugal, se mostram de uma importância sem igual, nomeadamente tendo em conta a era absolutamente globalizada em que hoje vivemos.

Muito devido a um mundo que se caracteriza por uma economia cada vez mais sem fronteiras, onde o perfil audaz das empresas investidoras é notório, observamos cada vez mais estratégias empresariais como as reestruturações, aquisições, fusões, cisões e alianças. Ora, para que tais labores sejam concretizados com eficiência, mostra-se imperativo que seja executado, previamente, um longo trabalho investigatório, analítico e quantitativo, de natureza financeira, contabilística, comercial ou de qualquer outro tipo consoante seja a natureza do trabalho que se pretenda levar a cabo, no sentido de assegurar a veracidade dos dados da empresa/ produto/ serviço, passivo de investimento.

É precisamente neste marco económico e organizacional que surge a *Due Diligence*, como uma ferramenta para a empresa compradora, que aparece como resposta à necessidade de se assegurar sobre a situação da empresa a ser comprada, o que permite realizar, quer a empresários quer a organizações, uma planificação adequada, antes de se entrar em qualquer negócio, precisamente para que se evite um “mau negócio” ou, dentro da mesma lógica, para que o investidor saiba no que está a investir. A título de exemplo, se o sujeito passivo do investimento for uma empresa, os seus activos, passivo e obrigações, isto é, se esta tem dívidas, o seu real valor, etc.

Por outro lado, observamos também que o fenómeno da *Due Diligence* não é um fenómeno que esteja assim tão longe da realidade de um ser cidadão comum, isto é, não precisamos de ser empresários para a praticarmos. A verdade é que este procedimento está presente nas nossas vidas no nosso quotidiano em tarefas tão simples como uma compra e venda – quando vamos ao café, experimentamos um restaurante novo, compramos roupa. É preciso, pois, estudar o objecto em causa, os seus inconvenientes e potencialidades e, se vamos ter algum ganho com aquela compra, ou seja, se tivermos um custo benefício maior. Estamos assim perante o *Princípio do Custo Benefício*. Esta escolha pode ser influenciada por diversos factores extrínsecos ao ser humano, como a moda, as notícias, a publicidade. Pois

bem, é precisamente neste ponto que encontramos o denominador comum entre o Direito e a Economia, dando origem a uma nova Ciência: a Análise Económica do Direito.

Posto isto, importa ter em atenção que perante uma *Due Diligence*, quer estejamos a falar desta realidade como procedimento pré-contratual que se realiza antes do negócio principal, quer estejamos a falar da *Due Diligence* enquanto contrato de prestação de serviços, importa que as partes observem determinados comportamentos conformes ao Princípio da Boa-Fé, visto no seu sentido objectivo, e portanto, como regra de conduta. Dentro do Princípio da Boa-Fé e porque este é um princípio bastante indeterminado importa que as partes observem determinados deveres acessórios como os deveres de informação, de clareza, lealdade e de sigilo.

Sempre que alguma das partes não cumpra com aquilo que previamente tenha acordado, por exemplo - se aquando de uma *Due Diligence* o assessor fornece informações erradas ao cliente para que este possa pagar um preço muito superior ao real, locupletando-se aquele dos valores excedentes ou se uma das partes tendo previamente convencionado contratar, rompe inesperadamente as negociações, sabendo já de antemão que o iria fazer - incorrerá em responsabilidade pré-contratual, a chamada "*Culpa in contrahendo*", que veio à luz em 1861 com RUDOLPH VON JHERING.

Parece-nos ter ficado demonstrado, ao longo do presente trabalho que é o Princípio da Boa-Fé a base do instituto da responsabilidade pré-contratual. É, pois, neste princípio – não obstante a sua generalidade e indeterminação – e, mais concretamente, nos seus deveres acessórios de informação, de sigilo, de lealdade, que encontramos o fundamento de toda a responsabilidade pré-contratual.

Concluimos igualmente que é necessário encontrar um equilíbrio desejável entre a manifestação da liberdade e a protecção da confiança para que possamos definir os termos da responsabilidade "*in contrahendo*". É aqui que se deverá encontrar a barreira entre os factos que deverão ser suportados pelo próprio lesado, por deverem ser considerados inerentes ao próprio risco que qualquer negociação forçosamente envolve; e aqueles que serão imputados à contraparte por serem contrários à boa-fé, isto é, por serem atribuíveis a uma sua conduta de natureza incorrecta ou desleal. Tal pressupõe, naturalmente, uma criteriosa e equilibrada ponderação dos contrapostos interesses privados em jogo, sob pena de se afectarem

os interesses supraindividuais que nesta matéria se tem em vista acautelar e promover. De facto, se, por um lado, a ampla permissão de rompimento do processo negociatório levaria uma retracção do tráfego, dada a segurança inexistente quanto ao destino das actividades e gastos investidos nesse processo³⁴³, por outro, o generoso e indiscriminado alargamento dos casos em que a ruptura dos preliminares implica obrigação de indemnizar teria também como consequência uma retracção no mercado, pois os sujeitos tenderiam a hesitar antes de iniciar quaisquer negociações, propondo para o fazerem apenas quando se encontrassem já seguros do bom termo delas, com receio das consequências de uma eventual desistência³⁴⁴.

Ora, são circunstâncias como estas que farão a confiança das partes progressivamente aumentar com razão. E isto quer o negócio seja procedido por negociações onde todo este processo será mais visível, quer não. Por outras palavras, os deveres de uma conduta correcta, enquanto não é celebrado um contrato, nas palavras de BAPTISTA MACHADO, “emanam de ditames de uma ordem objectiva adaptados às circunstâncias da concreta situação de expectativa criada pela interacção dos participantes”³⁴⁵, que é o mesmo que dizer que a interacção dos participantes em negociações com vista à celebração de um contrato, criando nestes determinadas expectativas, justificadas à luz das circunstâncias do caso, os sujeita a deveres de conduta leal.

³⁴³ Assinala ANNA DEL FONTE, *Buona fede prenegoziale...*, p. 177, que o risco de iniciativa será mais relevante “para os operadores mais correctos ou mais débeis no plano económico-social”. Também MARIO BESSONE, *Rapporto precontrattuale...*, p. 974, assinala que “*uma política do direito de garantia de um indiscriminado poder de romper as negociações de modo desleal e pouco racional*”, de onde resultaria “*um notável prejuízo para os operadores responsáveis, em razão de um agravamento dos custos da sua gestão devido ao não ressarcimento dos danos causados pelas despesas por vezes suportadas e, em estreita conexão, uma grave deterioração do mecanismo do mercado...*”.

³⁴⁴ MARIO BESSONE, *Rapporto precontrattuale...*, pp. 971 e 972, ao apreciar as posições mais radicais de recusa da admissão de qualquer responsabilidade pela ruptura das negociações, observa que “*seria simplista concluir que esta persistente orientação denuncia apenas um resíduo de conservadorismo jurídico*”, pois tais resistências constituem a manifestação da necessidade de preservação de um importante aspecto “*do princípio da liberdade de iniciativa que está ligado às estruturas jurídicas dos sistemas com economia de mercado*”. E o autor observa que “*não há dúvida de que as directivas segundo as quais realizar um encargo de responsabilidade por ruptura seriam incompatíveis com o sistema, se o seu emprego houvesse de conflitar com aquela garantia de liberdade*”, ou seja, que “*uma progressiva ampliação da série dos casos em que se sanciona a ruptura não poderia entender-se para lá dos confins que não é possível ultrapassar sem que os limites impostos à estratégia dos operadores (ou a ameaça de uma responsabilidade susceptível de onerar de modo intolerável os custos de gestão da sua actividade) acabarem por desencorajar a iniciativa (ou por priva-la dos seus incentivos)*”.

³⁴⁵ J. BAPTISTA MACHADO, *A clausula do razoável*, in J. Baptista Machado, *Obra dispersa*, vol. I, Braga Ivridica, 1991, p. 520.

Porém quando tal não sucede e quando estamos em diante de uma violação dolosa dos deveres de informação por uma das partes do negócio, observámos que as únicas consequências legais a existir nesta situação, seriam a anulação do negócio e a indemnização. Isto se estiverem reunidos todos os pressupostos de facto para uma possível responsabilização pré-contratual: “a criação de uma razoável confiança na conclusão do contrato; o carácter injustificado da ruptura das conversações ou negociações; a produção de um dano no património de uma das partes; a relação de causalidade entre este dano e a confiança suscitada”.

É o lesante obrigado a indemnizar o dano que dolosamente haja causado à contraparte. As incertezas emanam, porém, do *quantum* indemnizatório. Assim, como já foi referido, as opiniões divergem: há autores que consideram que a indemnização deverá abranger o interesse contratual positivo, tendo como limite o interesse do cumprimento; autores que alegam que a indemnização deverá abranger o interesse contratual negativo podendo, no entanto, exceder o interesse contratual positivo; e ainda aqueles que, defendendo um regime geral, defendem que a indemnização deverá abranger todos os danos.

Em nossa opinião, cremos que o *quantum* indemnizatório se deverá aproximar mais de uma tutela do interesse contratual negativo, ao invés do interesse contratual positivo, e neste sentido, de um caso de responsabilidade extracontratual. Desta forma, entendemos estar em causa a protecção da confiança frustrada pela parte lesada, mais do que de uma tutela de um interesse contratual positivo ou de cumprimento – não estaríamos nós perante o instituto da responsabilidade pré-contratual, onde se pretende a protecção das expectativas das partes com a celebração de um futuro contrato. Encontramo-nos, neste sentido, perante uma protecção na fase da formação contratual, devendo o interesse contratual positivo ou de cumprimento ser deixado para uma fase mais tardia, onde já existe efectivamente um contrato, onde existirá, ao contrário do que sucede com a matéria incidente no nosso estudo, uma responsabilidade contratual.

Não obstante o exposto, cremos igualmente não haver razões para limitar os danos, pois o artigo 227º não prevê qualquer regime especial, sendo que, como tal, consideramos que se deverá aplicar o regime geral.

No fundo, cremos não existir uma resposta definitiva. A verdade é que os casos de responsabilidade pré-contratual, em geral, e os de violação dos deveres pré-contratuais de informação, em particular, poderão assumir uma enorme variedade de situações, pelo que

apenas quando tivermos conhecimento da singularidade do caso em concreto é que poderemos definir, com melhores traços, as respostas que procuramos.

Importa, por fim, evidenciar, que os estudos incidentes no presente trabalho podem ainda ser mais amplamente estudados, em particular no que concerne à temática da *Due Diligence*, em constante evolução. Não obstante, as dificuldades sentidas nomeadamente por a bibliografia referente a esta matéria ser, na nossa língua materna, praticamente nula, a adicionar ao facto de este trabalho ter sido redigido simultaneamente com o estágio da Ordem dos Advogados, gostaríamos de salientar que os objectivos pretendidos foram alcançados, esperando que com ele se possam, não só retirar as imensas incertezas que há a seu respeito, como que possa, igualmente, contribuir para uma sua maior divulgação, em Portugal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALARCÃO, Rui de - *Direito das Obrigações*, policop., Coimbra, 1983.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de- *Contratos I; conceito, fontes, formação*, 4.^a ed., Coimbra, Almedina, 2008.
- ANGWIN, Duncan – *Mergers and Acquisitions across European Borders: National Perspectives on Preacquisition Due Diligence and the Use of Professional Advisers*. Journal of World Business.
- ARAÚJO, Fernando – *Introdução à Economia*, Coimbra, Almedina, Maio, 2002.
- ARAÚJO, Fernando - *Teoria Económica do Contrato*, Coimbra, almedina, Janeiro, 2007.
- AZEVEDO, António Junqueira de – “Relatório brasileiro sobre a Boa-Fé na formação dos contratos para as “Journées Louisianaises” de 1992, da Association Henri Capitant.
- BASTOS, Miguel Brito Bastos e CÂMARA, Paulo - *O Direito da Aquisição de Empresas: Uma Introdução*, Coimbra Editora, www.servulo.com/xms/files/publicacoes/Artigos /PC_MBB_aquisicao_empresas_direito_aquisicao_empresas_introducao.pdf.
- BENATTI, Francesco – *A Responsabilidade pré-contratual*, Coimbra, Almedina, 1970.
- BERTMAN, Jeffrey W. – “*Due Diligence* and the business transaction”, Apress.
- CABRAL, Rita Amaral de – *A Responsabilidade Por Prospecto e a Responsabilidade Pré-Contratual* – Anotação ao Acórdão do Tribunal Arbitral, de 30 de Março de 1993.
- CALDAS, Catarina Ribeiro de Freitas – *Share deals: Compra e venda de participações sociais*, Mestrado Forense: Vertente Civil/ Empresarial - Dissertação de Mestrado, Universidade Católica Portuguesa da Faculdade de Direito de Lisboa.
- CANÇADO, Vera L./TANURE, Betania – *Fusões e Aquisições: Aprendendo com a Experiência Brasileira*, RAE, Vol. 45, n.º 2.
- CASTRO, Paulo Moura - *Due Diligence*, Contabilidade&Empresas, Set/Out n.º5- 2.^a série.
- CORDEIRO, António Menezes – *A Boa-Fé nos finais do século XX*, artigo publicado na ROA n.º 56, 1996.

CORDEIRO, António Menezes – *Banca, Bolsa e Crédito*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 1990.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes – *Da Boa-Fé no Direito Civil*, Volume II, Coimbra, Almedina, 2011.

CORDEIRO, António Menezes – *Manual de Direito Comercial*, 3ª edição, 2012.

CORDEIRO, António Menezes – *Tratado do Direito Civil Português*, Parte Geral, Tomo I, Coimbra, Almedina, 1999.

CORDEIRO, António Menezes/ CABRAL, Rita Amaral de - *Aquisição de Empresas- Vícios na Empresa Privatizada- Responsabilidade pelo Prospecto- Culpa in contrahendo - Indemnização* (anotação ao Acórdão do Tribunal Arbitral de 30 de Março de 1993), Lisboa, Ordem dos Advogados.

COSTA, Mariana Fontes da – “O Dever Pré-Contratual de Informação”, Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

COSTA, Mariana Fontes da - *Ruptura de Negociações Pré-Contratuais e Cartas de Intenção*, Coimbra Editora grupo Wolters Kluwer, 1.ª Edição Abril 2011.

COSTA, Mário Júlio Almeida - *A Responsabilidade Pré-Contratual Pela Ruptura das Negociações Preparatórias de um Contrato*. RLJ, ano 116.º (1983/1984), n.º 3708.

COSTA, Mário Júlio Almeida – *Direito das Obrigações*, 8.ª edição, Coimbra, Almedina, 2000.

CHRISTOU, Richard – *Drafting Commercial Agreements*, London Sweet & Maxwell, - Commercial series, 5ª edição, 2013.

CUFFARO, Vincenzo – *Responsabilità Precontrattuale*, Editore Key, Edizione Aprile 2015.

CUNHA, Daniela Moura Ferreira – *Responsabilidade Pré-Contratual Por Ruptura de Negociações*, Edições Almedina, Maio de 2006.

DIAMVUTU, Lino – *A Tutela da Confiança nas Negociações Pré-Contratuais*. Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito dos Contratos do Instituto de Cooperação Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010/2011.

DÍEZ, Picazo Luis – *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Volumen I, Madrid, Civitas, 5.ª ed., 1996.

FAGGELLA, Gabriele - *I Periodi Precontrattuali e la Responsabilità Precontrattuale*, 2 reimpressão, tab. tip. Società cartiere centrali, 1918.

FLEISHER, Holger - “Vertragsschlussbezogene Informationspflichten im Gemeinschaftsprivatrecht”, in: XEuP, 2000.

FRANK, ROBERT H. - *O Economista Natural: em busca das explicações para enigmas do quotidiano*, Casa das letras, Maio, 2008.

GONZALEZ, Clara - *La culpa in contrahendo*, Universidad del país Vasco, 1989.

GONZALEZ, Raphaela Mattos; BASTOS Suzana Quinet de Andrade; e PEROBELLI, Fernanda Finotti – *Comportamento Dos Investidores Na Crise: Uma análise para o Brasil no período de 2005 a 2009*”, IV Encontro Internacional da Associação Keynesiana Brasileira (AKB).

GRISI, Giuseppe - *L’obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, Jovene Editore, 1990.

GRIGOLEIT, Hans-Christoph – *Vorvertragliche Informationshaftung-Vorsatzdogma, Rechtsfolgen, Schranken*, Munchen, C.H. Beck, 1997

JUGLART, Michael de - *L’obligation de Renseignements Dans Les Contrats*, in “Revue Trimestrielle de Droit Civil”, Tome quarente-troisième, Année 1945.

LAM, Chu Lam - “Responsabilidade pré-contratual na modalidade de ruptura de negociações”, Administração n.º 72, vol. XIX, 2006.

LANGEVOORT, Donald - “The Behavioral Economics of Mergers and Acquisitions”.

LARENZ, Karl - *Derecho Justo- Fundamentos de Ética Jurídica* (trad. Luis Díez-Picazo), Madrid, Editorial Civitas, 1985.

LARENZ, Karl/ WOLF, Manfred - *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*.

LEÃO, Leandro – “Due Diligence: Arma eficaz de prevenção jurídica para o empreendedor”, www.amorimassociados.com.br/due-diligence-arma-eficaz-prevencao-juridica-para-empendedor.asp.

LONDOÑO, Iván Dário Restrepo – “*Due Diligence* Financiera, una forma de garantizar la toma eficiente de decisiones en la adquisición de empresas”.

KERJAN-MICHEL, Erwann E SLOVIC, Paul – *A Economia Irracional: Como tomar as decisões certas em tempos de incertezas*, Campus, 2010.

MACHADO, Baptista- *A Cláusula do Razoável*, in *Obra Dispersa*, Vol. I, Braga, 1991.

MACHADO, João Baptista – *Tutela da Confiança e Venire Contra Factum Proprium*, Revista de Legislação e Jurisprudência (RLJ), Ano 117, p. 229 ss., reproduzido na “Obra dispersa”, I, Braga, 1991.

MARTINS, António Carvalho - *Responsabilidade Pré-Contratual*, Coimbra Editora 2002.

MARTÍN, Ana M. Martos - *La Due Diligence Financiera, El paso Previo a la Adquisición de una Empresa*, Profit Editorial, 2013.

MILA, Pablo F. Ferraro – *El Proceso de Auditoria de Compra (Due Diligence) en las Transferencias de Paquetes Accionarios de Control*, Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones n.º 214.

MONTEIRO, António Pinto - *Cláusula Penal e Indemnização*, Almedina, Coimbra, 1990.

MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde - *Culpa in Contrahendo* in *Cadernos de Justiça Administrativa*; nº 42; 2003.

MORI, Alberto – “Afinal o que é a *Due Diligence*”, São Paulo, Out. 2001 V. 6, n.º 73.

OTERO, Paulo; ARAÚJO, Fernando e GAMA, João Taborda da – *Estudos em memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches*, Volume I, Coimbra Editora, Setembro, 2011.

PANOSSO, Morgana Sucolotti – *A responsabilidade pré-contratual por omissão dolosa na realização da Due Diligence societária*, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013.

PEREIRA, Rui Soares, *A responsabilidade por danos não patrimoniais no cumprimento de obrigações no direito civil português*, Coimbra Editora, 2009.

PINTO, Carlos Alberto da Mota - *A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos Contratos* in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, suplemento XIV; Coimbra; 1996.

PINTO, Carlos Alberto da Mota – *Teoria geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, 2012

Reimpressão da 4.^a Edição.

PRATA, Ana - *Notas sobre responsabilidade pré-contratual*, Almedina, Fevereiro de 2005.

PRATA, Frederico Afonso Cavaleiro, *Responsabilidade Pré-contratual por Ruptura Ilegítima das Negociações* - Dissertação de Mestrado, na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Civilísticas com Menção em Direito Civil, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2014.

RAUPP, Fabiano Maury e WALKEN, Ricardo Muller – *Utilização da Due Diligence em Processos de Fusão e Aquisição* – 34 Pensar Contabilidade, Rio de Janeiro, V. 11, n.º45, Julho/Set.2009.

NETO, Abílio – *Novo Código de Processo Civil anotado*, Ediforum, Edições Jurídicas, Lda., 2.^a edição revista e ampliada, Lisboa, Janeiro/ 2014.

RODRIGUES, Vasco - *Análise Económica do Direito*, Uma introdução, Coimbra, Almedina, Maio, 2007.

ROSENBLOOM, Arthur H. (Ed.) - *Due Diligence for Global Deal Making*. N.Y., Bloomberg Press, 2002.

RUSSO, Fábio Castro - “*Due Diligence e Responsabilidade*”. *I Congresso, Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Maio de 2011.

SALDANHA, Pedro Mallmann: “*Due Diligence: Aspectos relativos ao passivo ambiental*”- Artigo extraído do Trabalho de Conclusão de Curso “*Due Diligence: aspectos relativos ao passivo ambiental*”, apresentado como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, aprovado pela Banca examinadora composta pelo orientador Prof. Sérgio José Dulac Muller, Prof. Fernando Luiz Bernardes Coelho Silva e Prof. Sérgio Inácio Bernardes Coelho Silva, em 04 de Dezembro de 2009.

SALES, Rodrigo – “*Auditoria Ambiental e seus aspectos jurídicos*”, São Paulo, LTR, 2001.

SERRA, Adriano Vaz - *Culpa do Devedor ou do Agente*, BMJ n.º 8 (19579).

SILVA, Eva Sónia Moreira da - *Da Responsabilidade Pré-Contratual por Violação dos Deveres De Informação*, Coimbra, Almedina, Reimpressão de Setembro de 2003.

SAMPAIO, José maria Corrêa de - “Como reduzir os riscos de uma aquisição, fusão ou financiamento de uma empresa através de uma *Due Diligence*, Conferencia Seminário económico/ IIR, Fevereiro de 2000- *apud* Paulo Moura Castro, *Due Diligence*, Contabilidade&Empresas, Set/Out n.º5- 2.ª série.

SERRA, Adriano Vaz, Anotação ao acórdão de 23 de Outubro de 1979, do Supremo Tribunal de Justiça.

SUBTIL, António Raposo - *Guia prático da Recuperação e Revitalização de Empresas*, Vida Económica, 2ª edição.

TELLES, Inocêncio Galvão – *Manual dos contratos em geral*, Coimbra Editora, Direito Civil, 4.ª ed, 2010.

TUHR, A. Von – *Tratado de las Obligaciones*, tomo I.

VARELA, João Matos Antunes- *Das Obrigações em Geral*.

VASCONCELOS, Pedro Pais de – *Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, 5ª edição, 2008.

VELOSO, Maria Manuel - *Danos não patrimoniais* in: Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

VICENTE, Dário Moura – “A culpa na formação dos contratos em Angola e Portugal” - Conferência proferida em 11 de Setembro de 2010 na Universidade Eduardo dos Santos”, Huambo, Angola.

JURISPRUDÊNCIA

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 28/05/2014; in site da DGSI (Processo n.º 0274/12).

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16/12/2010; in site da DGSI (Processo n.º 44/07.1TBGDL.E1.S1).

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. de 31/3/2004; in site da DGSI (Processo n.º 04A3348).

Acórdão do STJ de 31/3/2011; in site da DGSI (Proc. 3682/05.3TVSLB.L1.S1).

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 20/02/2014; in site da DGSI (Proc. n.º 2243/10.0YXLSB.L1-6).

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14/01/2016; in site DGSI (Processo n.º 1037/12.2TVLSB.L1-8).

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 08/01/2009, in site DGSI (Processo n.º 08B2772).

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14/07/2010, in site DGSI, (Processo n.º 3684/05.0TVLSB.L1.S1).

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 24/03/2014, in site DGSI, (Processo n.º RP201403241397/10.0TBPVZ.P1).